



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LUCIANA PIMENTEL LIMA

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS DE CRÉDITO
IMOBILIÁRIO:
constitucionalidade da execução extrajudicial e aplicação do
Código de Defesa do Consumidor**

BRASÍLIA

2017

LUCIANA PIMENTEL LIMA

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS DE CRÉDITO
IMOBILIÁRIO:
constitucionalidade da execução extrajudicial e aplicação do
Código de Defesa do Consumidor**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Fernandes de Moraes Ferreira

BRASÍLIA

2017

LUCIANA PIMENTEL LIMA

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS DE CRÉDITO
IMOBILIÁRIO:
constitucionalidade da execução extrajudicial e aplicação do
Código de Defesa do Consumidor**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Brasília, 29 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Fernandes de Moraes Ferreira
Orientador

Prof. Dr. Erick Biill Vidigal
Professor avaliador indicado

Prof. Dr. André Pires Gontijo
Professor avaliador designado

RESUMO

O presente trabalho aborda o rito da execução extrajudicial da propriedade resolúvel pelo credor fiduciário nos contratos de crédito imobiliário com pacto adjecto de Alienação Fiduciária, em detrimento aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal e, a partir dos aspectos polêmicos desse procedimento, aprofunda-se nas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da recepção do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor pela Lei nº 9.514/97, cujo regramento se mostra incompatível com a vedação de cláusulas contratuais que disponham a perda total de parcelas pagas imposta pela legislação consumerista. Ressalta-se que a referida lei normatizou a criação da Alienação Fiduciária em garantia, instituída com objetivo de conferir à economia instrumento jurídico célere e efetivo no retorno ao Capital investido e, em consequência, instrumento jurídico capaz de fomentar a concessão do crédito e o acesso a financiamentos com melhores condições pelo cidadão. Posto isso, mostra-se mais aderente ao regramento e razoável o acolhimento pela constitucionalidade da execução extrajudicial e a sobreposição do disposto pela Lei nº. 9.514/97, em detrimento ao artigo 53 da legislação consumerista. Para tanto, é utilizada a metodologia de pesquisa sócio jurídica, desenvolvida a partir de pesquisas da doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, Execução Extrajudicial, Alienação Fiduciária, Constitucionalidade, Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

This paper addresses the rite of conditional property extrajudicial execution by the fiduciary creditor in real estate loan agreements with an adjoining pact of Fiduciary Alienation, to the detriment of contradictory constitutional principles, ample defense and due legal proceeding and, from the controversial aspects of this procedure, the doctrinal and jurisprudential divergences regarding article 53 of the Consumer Protection Code by the Law no. 9.514/97 are deepened, whose rules are incompatible with the prohibition of contractual clauses providing for the total loss of installments paid and imposed by the consumerist legislation. It is emphasized that the abovementioned law governed the creation of Fiduciary Alienation in guarantee, instituted in order to provide the economy with a fast and effective legal instrument for the return on the Capital invested and, consequently, a legal instrument capable of promoting the granting of credit and access to financing with better conditions for citizens. Having said this, it is shown more adherent to the rule and reasonable the reception by the constitutionality of extrajudicial execution and the overlapping of the provisions of Law no. 9.514 / 97, to the detriment of article 53 of the consumer legislation. Therefore, the methodology of the socio-legal survey is developed from doctrine and jurisprudence researches on the theme.

Keywords: Civil Procedural Law, Extrajudicial Execution, Fiduciary Alienation, Constitutionality, Consumer Protection Code.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DO DIREITO À PROPRIEDADE	10
2.1	Função Social da propriedade	12
2.2	O Direito à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro	14
2.3	A função social da propriedade no panorama econômico brasileiro	17
2.4	Políticas Habitacionais no Brasil.....	18
3	FIDÚCIA LEGAL.....	24
3.1	Negócio fiduciário no Brasil.....	26
3.2	Da Alienação Fiduciária.....	30
3.3	Alienação Fiduciária: garantia real para fomentar o mercado	31
3.4	Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária	34
4	EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E DEVOLUÇÃO DE PARCELAS NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	37
4.1	Teoria do Adimplemento Substancial	39
4.2	O rito da Execução Extrajudicial na Alienação Fiduciária	41
4.2.1	<i>Constitucionalidade da Execução Extrajudicial na Alienação Fiduciária</i>	43
4.3	Relação de Consumo nos contratos com Pacto Adjecto de Alienação Fiduciária	46
4.3.1	<i>O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.514/97</i>	48
5	ANÁLISE DE JULGADOS	53
5.1	Julgado acerca da Constitucionalidade do rito da Alienação Fiduciária	53
5.1.1	<i>Dados e ementa do julgado</i>	53
5.1.2	<i>Relato do julgado</i>	53
5.1.3	<i>Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência</i>	54
5.2	Julgado acerca da recepção do artigo 53 pela Lei 9.514/97	58
5.2.1	<i>Dados e ementa do Julgado</i>	58
5.2.2	<i>Relato do julgado</i>	59
5.2.3	<i>Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência</i>	60
5.3	Julgado acerca no não cabimento do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor na Lei 9.514/97	62
5.3.1	<i>Dados e ementa do julgado</i>	62
5.3.2	<i>Relato do julgado</i>	63
5.3.3	<i>Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência</i>	63
6	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

O acesso à moradia no Brasil apresenta entraves socioeconômicos que resultam em uma relação indissociável entre a propriedade e sua função social, positivadas pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, que busca resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e mitigar desigualdades sociais.

Sob essa perspectiva o Estado busca promover incentivos com apoio de instituições financeiras e empresas da construção civil para fomentar o Mercado e estimular o investimento de Capital por meio de financiamento imobiliários.

Para tanto, a iniciativa privada, para ter garantido o retorno do recurso investido e manter a retroalimentação do Mercado, requer instrumento legal efetivo e célere para viabilizar o retorno do Capital.

Consoante a isso, o legislador instituiu a Alienação Fiduciária de bens imóveis por meio da Lei nº 9.514/97 como garantia real para fomentar a economia por meio de regramento jurídico que ensejasse às operações de financiamento imobiliário mais credibilidade e, à sociedade, oferta de recursos para aquisição da casa própria.

Nos termos da Lei nº 9.514/97, a Alienação Fiduciária consiste na transferência da propriedade resolúvel e posse indireta do bem ao credor, pelo devedor, em garantia ao financiamento que, caso não seja adimplido no curso do contrato, pode ser consolidado por via extrajudicial.

Todavia, no que se refere ao rito para consolidação da propriedade, embora haja pacificação na jurisprudência, parte da doutrina entende que o processo extrajudicial ofende princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e, a partir desse trâmite, uma vez executada a dívida e retomado o bem, questiona-se o cabimento do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor – CDC – que veda a perda total de parcelas pagas em detrimento ao regramento disposto pela Lei nº. 9.514/97.

Assim, com propósito de apreciar essas divergências, no primeiro capítulo buscou-se contextualizar a propriedade e sua função social, retratando programas e sistemas de habitação do governo que buscaram mitigar o déficit da moradia, em detrimento às necessidades impostas pelo Mercado financeiro ter a segurança jurídica necessária para investir Capital no setor da construção civil.

Na sequência elucidou-se a perspectiva do Estado e forma de atuação, por meio da criação do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, Banco Nacional de Habitação – BNH, e Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, para minimizar o problema da habitação com a concessão de financiamentos compatíveis à estrutura socioeconômica da sociedade.

No segundo capítulo abordou-se a origem e evolução da fidúcia legal, sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, até a instituição da Alienação Fiduciária por meio da Lei nº 9.514/97, demonstrando sua importância, especificidades, decorrentes de uma exigência da economia em ter garantia aderente às modalidades e risco do negócio.

No terceiro capítulo foi apresentado o trâmite da execução extrajudicial da Alienação Fiduciária nos termos das Lei nº 9.514/97, abordada a Teoria do Inadimplemento Contratual, apresentado o problema e demonstrados posicionamentos e ponderações dos doutrinadores acerca da constitucionalidade do rito da execução extrajudicial na Alienação Fiduciária e cabimento do artigo 53 da legislação consumerista.

No quarto capítulo são apresentados e analisados, com base nos posicionamentos da doutrina e jurisprudência, julgados, com os contrapontos que justificam os posicionamentos divergentes acerca da constitucionalidade da execução e cabimento do CDC nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis.

A escolha do tema decorreu da importância de se ver assegurado o direito à moradia e do irremediável conflito que esse assunto, cuja abrangência é, sobretudo, social, apresenta, frente a limitação de ações governamentais para suprir essa demanda e necessidade para que os investidores tenham segurança de retorno do capital para retroalimentar o sistema de financiamento imobiliário, sem menosprezar, no entanto, o foco na lucratividade do negócio.

Sob essa perspectiva, a pesquisa objetiva discutir o papel da alienação fiduciária como mecanismo impulsionador de confiança no mercado pelos investidores, em detrimento à cultura assistencialista do Estado, desvirtuada em benefício do credor fiduciário, frente à limitação de ações governamentais para suprir a demanda por moradia e garantir preceitos basilares da Constituição Federal: igualdade e dignidade da pessoa humana.

Posto isso, dentre as teses doutrinárias que se posicionam em sentidos opostos, observa-se maior coerência nos argumentos que entendem pela constitucionalidade do rito da execução, sendo este, sobretudo, um diferencial da Alienação Fiduciária que enseja mais credibilidade aos investidores no Mercado Imobiliário e melhores condições de financiamento.

No mesmo sentido, a recepção na íntegra do artigo 53 do CDC na Alienação Fiduciária se mostra pouco razoável, uma vez que, vendido o bem pelo valor da dívida, ficaria o credor em desvantagem contratual, indo contra aos preceitos de isonomia e equidade entre as partes estabelecidas pela legislação consumerista.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada na pesquisa será a sócio jurídica, que buscará a interação entre a ordem social e a jurídica, em especial sob perspectiva da legislação consumerista, Lei 9.514/97 e Constituição Federal de 1988.

Ademais, o desenvolvimento do estudo é amparado por intermédio de bibliografias retiradas de teses de mestrado, livros, legislação, julgados, artigos de internet.

As informações obtidas nesse arcabouço teórico e jurídico subsidiarão a interpretação da Lei 9.514/97, de modo a demonstrar os reais benefícios e desvantagens do instituto da alienação fiduciária para o investidor e sociedade, sendo abordadas as perspectivas conflitantes do instituto em relação à legislação consumerista, princípios e garantias constitucionais.

2 DO DIREITO À PROPRIEDADE

O vocábulo propriedade tem origem indefinida, havendo quem defenda vir do latim *proprietas*, tendo sido derivado de *proprius*, no sentido daquilo que pertence a um indivíduo. Assim, seu conceito não é único no decorrer da história do direito, mas dinâmico, tendo recebido forte influência de regimes políticos conforme a perspectiva do sistema jurídico ao qual era concebido.¹

A origem do instituto jurídico da propriedade advém da Roma antiga, sendo vinculada à religiosidade, em que era conferida apenas aos cidadãos romanos a possibilidade de adquirir imóveis, em decorrência do culto de antepassados, que, segundo a crença, eram deuses que, após a morte, permaneciam no solo em que viviam.²

Na Idade Média, os juristas buscaram extrair um conceito à propriedade com base em rescrito de Constantino, sendo então o proprietário definido como regente e árbitro de sua coisa e em fragmento do Digesto, a denominação era de possuidor de boa-fé.³

Assim, a propriedade deixou o viés individualista do Direito Romano e passou a apresentar aspecto dualista, sendo segregado entre o dono da terra e aquele que a explorava, havendo, no entanto, um sistema hereditário que garantia que o domínio do imóvel se mantivesse em uma família.⁴

Em razão da invasão dos povos Bárbaros, alguns proprietários Romanos tiveram de entregar as terras aos senhores feudais para garantir segurança, tornando-se vassalos, o que atribuiu para descaracterizar o viés místico do instituto.⁵

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 229.

² OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico*, Cidade e Alteridade. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em> 16 mar. 2017, p. 170.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 281.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.cit., p. 244.

⁵ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. Op.cit., p. 170.

Com o desenvolvimento do comércio, a burguesia se consolidou, o que resultou na democratização da propriedade até o desenvolvimento do capitalismo, que propunha uma forma de governo incompatível com o sistema burguês.⁶

No início da evolução do capitalismo, em decorrência da cultura de incentivo de produção e obtenção de lucro, a concepção de propriedade ainda se atrelava à apropriação de bens, sem que houvesse interação com a coletividade. No entanto, em fase mais avançada, com a nova ordem econômica de capital, houve a preocupação social decorrente do reflexo da economia privada exacerbada, podendo beneficiar toda a coletividade, ainda que indiretamente.⁷

Sob essa perspectiva, o Iluminismo inspirou pensadores revolucionários, que mudaram a perspectiva do absolutismo e fez resplandecer na Idade Moderna, o individualismo e o absolutismo, que incitou a Revolução Francesa e provocou severas mudanças políticas, econômicas, por meio das quais a propriedade ganhou contorno conceitual de equilíbrio social.⁸

Ressalta-se que, após a Revolução Francesa o aspecto individualista da propriedade tornou-se marcante, sendo destacada a feição social do instituto no século XX, tendo sido fator determinante, para adoção desse viés, as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII E Quadragésimo Anos, de Pio XI.⁹

Por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, é estabelecido, entre os direitos naturais e essenciais, o à propriedade, cuja concepção restaura o caráter unitário do Direito Romano, em oposição à concepção fragmentada do sistema feudal.¹⁰

⁶ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico*, Cidade e Alteridade. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 171.

⁷ Ibidem. p. 171.

⁸ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 64.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

¹⁰ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. Op.cit., p. 64.

Nesse sentido, o artigo 544 do Código de Napoleão de 1804 define a propriedade com o direito de gozar e dispor de coisas de forma absoluta, sendo limitada, no entanto, pelas leis e regulamentos.¹¹

Essa concepção absolutista estabelecida no Código de Napoleão é empregada igualmente em Códigos de outros países, inclusive no Código Civil Brasileiro de 1916. Todavia, em razão de mudanças sociais e econômicas advindas com a Revolução Industrial, que provocou desemprego em massa, concentração de riqueza, a estrutura jurídica do pensamento liberalista, acerca da propriedade, sofre alterações, sendo a esta imputada a responsabilidade pelas desigualdades sociais.¹²

A partir de então, o movimento socialista insurge com a ideologia de que a propriedade privada deveria ser abolida, por ser a principal geradora de desequilíbrios sociais, e empreende uma oposição à propriedade absoluta e individualista.¹³

De todo modo, os erros decorrentes do sistema liberal-capitalista, que fez insurgir a exploração do homem para buscar concentração de riquezas, e o totalitarismo socialista, responsável por suprimir a propriedade privada e subjugar o homem ao Estado, bem como os desequilíbrios sociais e econômicos, orientaram para uma nova concepção do direito de propriedade, compatível com as necessidades sociais.¹⁴

2.1 Função Social da propriedade

A tutela do Estado e atuação governamental no mercado de habitações decorre de especificidades do instituto da propriedade, uma vez que se trata de um bem caro, que exige concessão de financiamentos a longo prazo para garantir acesso ao mercado imobiliário pela sociedade; é uma necessidade básica do indivíduo, havendo constante demanda familiar; e refere-se à atividade do segmento da construção civil, que gera empregos e fomenta a econômica.¹⁵

¹¹ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 65.

¹² Ibidem, p. 65.

¹³ Ibidem, p. 66.

¹⁴ Ibidem, p. 66.

¹⁵ SANTOS, Hamilton M. Santos. *Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998*. 1999. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2814/1/td_0654.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 8.

Ademais, a função do bem imóvel passou a ter aspecto social, ensejando na obrigação do detentor da propriedade de empregá-la com o objetivo de fomentar riqueza e manter a interdependência social, sendo competente e responsável, o proprietário, por intermediar esse processo de mudança moldada às necessidades da sociedade.¹⁶

Posto isso, verifica-se que a propriedade, inserida no Estado Democrático de Direito, apresenta grande relevância social, econômica e política, sendo fonte de riqueza e poder, essencial à sobrevivência humana e ao desenvolvimento do país, todavia não pode ser dissociado do atendimento ao bem comum.¹⁷

Sob essa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 deixa expresso em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade atenderá sua função social, devendo ser observada a ordem econômica e impostos limites à atividade empresarial, nos termos do artigo 170, inciso III, do mesmo diploma legal.¹⁸

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 1.228, § 1º e 2º que o direito de propriedade deve atender suas finalidades sociais e econômicas, sendo vedado ao proprietário praticar atos com intenção de prejudicar outros indivíduos.¹⁹

Desse modo, a propriedade privada urbana não deve ser interpretada somente sob a perspectiva do Código Civil, mas também contextualizada aos dogmas e princípios que norteiam a Constituição Federal, que é garantidora da propriedade em geral e atinente ao seu exercício de cumprir a função social da moradia.²⁰

Consoante a isso, o Estado regula o direito à propriedade com o propósito de primar pelo princípio da solidariedade e garantir a dignidade da pessoa humana, de modo que o proprietário tenha a consciência que não é senhor absoluto do bem,

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

¹⁷ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 66.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p. 245.

¹⁹ *Ibidem*, p. 245.

²⁰ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. *Op.cit.*, p. 73.

devendo este cumprir seu dever social para com a coletividade conforme regramento jurídico.²¹

2.2 O Direito à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro

A propriedade é definida nos termos do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro como a faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, sendo esta conceitualização, no entanto, ultrapassada em relação ao Estado Democrático de Direito, que vincula esse conceito à coletividade.²²

Sob essa perspectiva a propriedade passa a ter um reconhecimento legal de representatividade protegida em detrimento da sua concepção inicial de materialização da coisa, o que pode ser conferido nos cartórios de registro de imóveis.²³

“O título representativo da propriedade é apenas a parte visível de um bem intangível que resume um conjunto integrado e incontrolável de informações que circulam entre cartórios, registros, instituições financeiras e Estado, promovendo segurança e confiança intersubjetiva”.²⁴

Assim, faz-se necessário diferenciar domínio de propriedade, que deixam de ser sinônimos, passando, assim, a propriedade a ser tida como uma relação complexa juridicamente tutelada e o domínio um poder exercido sobre o bem.²⁵

“Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. O proprietário exercita ingerência sobre coisas (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade)”.²⁶

Desse modo, a titularidade do bem e a forma oficial denomina-se propriedade, enquanto domínio seria o conteúdo interno daquela, a substância efetiva, sendo

²¹ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 74.

²² OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 173.

²³ Ibidem, p. 174.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, v. 5, 2015, p. 217.

²⁵ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. Op.cit., p. 174.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 217.

a existência dos dois conceitos complementares, embora diferenciadas na perspectiva real.²⁷

Sob essa ótica, ao proprietário cabe reivindicar a posse com base na proteção jurídica que recai sobre a propriedade, permitindo a quem tiver o direito violado sancionar àquele que só detém o domínio e tiver possuído a coisa de forma injustificada.²⁸

Essa mudança de paradigma acerca da propriedade, com caráter subjetivo à relação jurídica enseja na abordagem do conceito do instituto no Código Civil sob a perspectiva relacional.²⁹

Desse modo, a propriedade, nos termos do Código Civil, é entendida como relação jurídica, o que afasta do conceito absolutista de poder de um indivíduo em relação a um objeto e, em consequência, promove a interpretação da Lei Civil nos termos da Constituição Federal, traduzindo o instituto como direito fundamental, com viés social.³⁰

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece direitos e garantias fundamentais em que o indivíduo é solidário no exercício de atividades econômicas e convívio com a sociedade, limitando sua liberdade de atuação à socialização da propriedade.³¹

“[...] a propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual”.³²

O artigo 170 da CF busca assegurar a existência digna nos termos da justiça social por meio da ordem econômica. No mesmo sentido o Direito Civil, amoldado pelo

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, v. 5, 2015, p. 218.

²⁸ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 174.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p. 219.

³⁰ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. *Op.cit.*, p. 171.

³¹ *Ibidem*, p. 173.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*, Direito Constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 737.

Estado Democrático de Direito, estabelece deveres extrapatrimoniais que limitam a atividade econômica e garantem a tutela de direitos essenciais ao indivíduo.³³

Desse modo, percebe-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a ordem pública que limita a liberdade individual em relação aos interesses coletivos, em prol da função social da propriedade.³⁴

A função social da propriedade urbana encontra-se objetivada no §1º do artigo 182 da Constituição Federal, devendo atender exigências de ordenação da cidade conforme estabelecido no Plano Diretor.³⁵

O mesmo artigo do referido diploma legal definiu que o ordenamento do desenvolvimento das funções sociais das cidades deve apresentar políticas de desenvolvimento urbano, de modo a propiciar aos cidadãos melhores condições que lhes garantam o mínimo existencial e o direito à cidadania, cuja função de fiscalizar é atribuição delegada ao Município.³⁶

“A própria Constituição definiu o conteúdo e o alcance do princípio da função social da propriedade urbana, princípio ordenador, que traz em sua essência a centelha que harmoniza os interesses individuais e coletivos e que deve ser determinado pelo Plano Diretor do Município, *in verbis*: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressa no Plano Diretor” (art. 182, § 2º)”.³⁷

Esses implementos no ordenamento jurídico tem o propósito de fazer com que propriedades subutilizadas ou não utilizadas venham a atender a demanda social, impondo à propriedade privada uma obrigação de fazer ou não fazer com propósito

³³ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 172.

³⁴ Ibidem, p. 173.

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*, Direito Constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 737.

³⁶ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. Op.cit., p. 176.

³⁷ CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 75.

de privilegiar o interesse público em oposição ao particular e assegurar o uso da propriedade como relação jurídica estabelecida entre o titular do direito, o bem e a sociedade.³⁸

2.3 A função social da propriedade no panorama econômico brasileiro

O direito de propriedade é uma garantia social e um direito fundamental assegurado pela Constituição que busca mitigar as desigualdades econômicas decorrentes da acelerada urbanização, que estimulou um cenário marcado por disparidades na forma de habitar e na porção de terra ocupada pela população.³⁹

Consoante a isso, a propriedade privada tornou-se um modo de inclusão social, de *status* social e político, resultante da oferta de crédito oriunda do sistema econômico capitalista, que, para subsidiar o fim social, precisa de garantia de retorno do capital investido para retroalimentar o Mercado.⁴⁰

A Emenda Constitucional 26, de 15 de fevereiro de 2000, incluiu no rol de direitos sociais o à moradia, conferindo nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal, embora mesmo antes disso o Brasil já tenha assinado uma série de tratados garantindo moradia digna ao cidadão e já houvesse previsão, no artigo 23 do referido dispositivo legal, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para garantia desse direito.⁴¹

Posto isso, verifica-se que dentre as competências dos entes federados está a de proporcionar aos cidadãos condições para construção de moradia a fim de

³⁸ OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2017, p. 178.

³⁹ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá 2003, p. 39.

⁴⁰ Ibidem, p. 39.

⁴¹ FREITAS, Helber. Direitos sociais: direito à moradia. 2015. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>>. Acesso em: 9 mar. 2017, p. 20.

viabilizar a garantia do direito à propriedade, sendo este um direito introduzido no Poder Constituinte Originário e explicitado pelo Poder Constituinte Reformador por meio da inclusão expressa no rol de direitos sociais.⁴²

Frente a esse panorama, o Estado figura como garantidor de investimentos públicos nos centros urbanos, que não dispõe de oferta de bens e serviços suficientes para minimizar a polêmica da moradia, e é protetor do direito de propriedade, devendo ponderar interesses dos setores econômico e social, de modo a mitigar o déficit habitacional, que se relaciona diretamente com o desenvolvimento da economia.⁴³

Por outro lado, são incontestáveis as várias funções que o patrimônio enseja na economia, na viabilidade do negócio, pois é uma garantia que favorece a expansão do crédito e um meio de captação de recursos que viabilizam novos investimentos.⁴⁴

Posto isso, o direito à propriedade e o mercado financeiro se relacionam em um mecanismo de dependência, que, para ensejar progresso econômico com viés social, requer instrumentos jurídicos hábeis para “promover uma crescente expansão das fronteiras do direito positivo na direção das demandas sociais legítimas”.⁴⁵

2.4 Políticas Habitacionais no Brasil

O processo de urbanização no Brasil foi marcado por sociedade com grande concentração de renda e exclusões sociais, o que impactou na formação econômica e social do país.⁴⁶

“A industrialização, muitas vezes vista como chave para a urbanização, não é o fator exclusivo de consolidação do desenvolvimento das cidades, embora a urbanização brasileira, grosso modo, tenha sido

⁴² FREITAS, Helber. Direitos sociais: direito à moradia. 2015. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>>. Acesso em: 9 mar. 2017, p. 20.

⁴³ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 40.

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

⁴⁵ ARAGÃO, José Maria. Op.cit., p. 41.

⁴⁶ BOTEGA, Leonardo da Rocha. A política habitacional no Brasil (1930-1990). *REVELA*. Santa Maria – RS. Ano I, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.fals.com.br/revela8/politicahabitacional.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 2.

desencadeada por duas situações demográficas correlatas: o crescimento populacional e o êxodo rural”.⁴⁷

Durante a República Velha a política urbana implementada foi voltada para o modelo agrário-exportador e ligada à política do Encilhamento de modo a embelezar e aburguesar as paisagens para atrair o investidor estrangeiro, o que resultou no aspecto fragmentário que ensejou o início da divisão da cidade entre centro e periferia.⁴⁸

A partir de 1930, o governo de Getúlio Vargas modificou a estrutura das cidades brasileiras por meio do início do processo de industrialização em substituição ao modelo urbano-industrial e constatou um surto de crescimento populacional que ocasionou na crise da habitação, que afetava sobretudo as classes populares.⁴⁹

“[...] a impossibilidade de acesso ao financiamento e a ausência de uma política pública eficaz obrigam uma parcela da população a invadir terras e construir sua própria moradia. Desta forma a moradia precária, assim como o déficit habitacional, se manifesta como uma das facetas da desigualdade de acesso desencadeado pelo processo de urbanização[...]”.⁵⁰

Assim, foram criados os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs - por meio do Decreto 19.469, de 17 de dezembro de 1930, com propósito de autorizar os institutos a criarem carteiras prediais com definição da forma de operação no setor da habitação de cada instituição e com possibilidade de destinarem até cinquenta por cento das reservas para construção de imóveis residenciais.⁵¹

A partir de 1939 o país passa por um período de inflação que impacta sua estrutura econômica, ensejando em aumento do custo de vida e dificuldade de acesso à moradia. Nesse período busca-se implementar a Fundação da Casa Popular – FCP – que é o primeiro órgão federal com foco em solucionar problemas habitacionais no Brasil. Todavia, o número de habitações produzidas pelo FCP não foi suficiente para

⁴⁷ MADALENA, Cassiano Pessanha. Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 2.

⁴⁸ BOTEGA, Leonardo da Rocha. A política habitacional no Brasil (1930-1990). *REVELA*. Santa Maria – RS. Ano I, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.fals.com.br/revela8/politicahabitacional.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 3.

⁴⁹ Ibidem, p. 4.

⁵⁰ MADALENA, Cassiano Pessanha. Op. cit., p. 3.

⁵¹ Ibidem, p. 3.

suprir o déficit habitacional, inibindo o setor privado de ofertar esse serviço e causando problemas fundiários de loteamento irregular.⁵²

Após o golpe militar, em 1964, teve início um movimento intervencionista do Estado no que se refere à habitação. Assim, foram criados o Sistema Financeiro da Habitação – SFH – e o Banco Nacional da Habitação – BNH, por meio da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, com o propósito de incentivar construções habitacionais de interesse social e promover o financiamento da aquisição da moradia própria,⁵³ e fundamentado no princípio de consolidar um sistema equilibrado entre o financiamento da moradia própria e a renda do proponente, de modo a mitigar o déficit habitacional sem ensejar prejuízos ou dívidas vultuosas, que dificultariam o pagamento pelo mutuário.⁵⁴

Em 1967, no governo Costa e Silva, o BNH passa a ser gestor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – e é implementado o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos – SBPE – o que eleva a importância do SFH e amplia os recursos do BNH.⁵⁵

Assim, o BNH torna-se umas das principais instituições financeiras do país, implementando programas habitacionais voltados para a população de baixa renda e instituindo mecanismos financeiros de seus projetos.⁵⁶

“O princípio de funcionamento para implementar os programas habitacionais, basicamente, se constitui na designação de agentes promotores, os quais eram, fundamentalmente, as companhias habitacionais (Cohab), que se configuravam no âmbito municipal, intermunicipal ou estadual”.⁵⁷

⁵² MADALENA, Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 4.

⁵³ BOTECA, Leonardo da Rocha. A política habitacional no Brasil (1930-1990). *REVELA*. Santa Maria – RS. Ano I, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.fals.com.br/revela8/politicahabitacional.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 5.

⁵⁴ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 2.

⁵⁵ BOTECA, Leonardo da Rocha. Op.cit., p. 5.

⁵⁶ MADALENA, Cassiano Pessanha. Op. cit., p. 5.

⁵⁷ Ibidem, p. 5.

Entretanto, os bancos comerciais, responsáveis por arrecadar os depósitos realizados pelas empresas, tinham de repassar o montante ao BNH, que indispunha de agência para recolher as contribuições compulsórias.⁵⁸

Associado a isso, entre os anos 70 e 80, o sistema sofreu alterações decorrentes do descontrole da economia do país e de planos macroeconômicos fracassados, o que dificultou o acesso ao SFH, bem como gerou dívidas imobiliárias difíceis de serem quitadas ou amortizadas, em que o saldo devedor aumentava em proporção acima da valorização do imóvel.⁵⁹

“Portanto, o SFH/BNH não resistiu a grave crise inflacionária vivenciada pelo Brasil principalmente nos primeiros anos de 1980, onde a inflação atingirá índices de 100% ao ano em 1981 e em 1982 (a partir de então não cessará de crescer mais chegando aos 1.770% em 1989). Esta crise levou a uma forte queda do poder de compra do salário, principalmente da classe média, o público que havia se tornado alvo das políticas habitacionais deste sistema”.⁶⁰

Assim, o presidente José Sarney, por meio do Decreto nº 2.291 de 21 de novembro de 1986, extingue o BNH, que acaba sendo incorporado pela Caixa Econômica Federal, e faz com que a problemática habitacional se confunda com políticas institucionais, reformuladas pelos órgãos responsáveis pela habitação.⁶¹

Nos anos 90, o governo assumiu o viés neoliberal e promoveu modificações no SFH, consolidando privatizações de investimento em infraestrutura no país e financiamentos habitacionais, sendo o sistema substituído por crédito privado, mais oneroso e menos acessível à sociedade.⁶²

⁵⁸ MADALENA, Cassiano Pessanha. Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 6.

⁵⁹ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 3.

⁶⁰ BOTEGA, Leonardo da Rocha. A política habitacional no Brasil (1930-1990). *REVELA*. Santa Maria – RS. Ano I, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.fals.com.br/revela8/politicahabitacional.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016, p. 9.

⁶¹ Ibidem, p. 11.

⁶² OLIVEIRA, Bruno de Almeida. Op.cit., p. 3.

A fim de recuperar incentivos de aquisição à moradia e buscar a efetividade do direito social instituído na Constituição Federal, buscou-se inserir no sistema vigente a proteção ao consumidor por meio da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.⁶³

Assim, o mutuário passou a ser tratado como consumidor em uma relação em que o agente financeiro configura como fornecedor, sob a égide da legislação consumerista, com objetivo em buscar justiça social no acesso à propriedade, sem prejuízo ao cidadão do exercício de sua cidadania ou medidas que inviabilizassem o sistema na perspectiva econômica.⁶⁴

No período do governo Collor, entre 1990 e 1992, é criado o Plano de Ação Imediata para Habitação – PAIH – que promete construir habitações integralmente financiadas com recuso de FGTS, todavia o programa não obtém êxito para população de baixa renda.⁶⁵

No governo Itamar Franco é instituído financiamento para pessoas físicas e produtores, reduzindo a desintermediação bancária, e é criado o Ministério do Bem-Estar Social e o Programa de Habitação Popular, que teve continuidade no governo Fernando Henrique Cardoso que, por outro lado, reduziu recursos para as políticas habitacionais.⁶⁶

Com o plano real, a moeda é estabilizada, reduz-se o desemprego e são ampliadas arrecadações do FGTS e Caderneta de Poupança, os quais são destinados ao financiamento imobiliário.⁶⁷

Em 1997, por meio da Lei nº 9.514/97, é criado o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – a partir da proposta da Associação Brasileira de Crédito Imobiliário – Abecip, com objetivo de financiar a construção de imóveis não sendo, no entanto, uma

⁶³ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 4.

⁶⁴ Ibidem, p. 4.

⁶⁵ MADALENA, Cassiano Pessanha. Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 8.

⁶⁶ Ibidem, p. 8.

⁶⁷ Ibidem, p. 9.

substituição ao SFH, mas uma integração que marcou um crescimento da mercantilização da política habitacional e financiamento do mercado imobiliário com menor intervenção estatal.⁶⁸

O SFI decorreu do compromisso dos governos em atender anseios da classe mais alta, o que, para tanto, exigia a flexibilização do mercado e o aumento da segurança dos investidores.⁶⁹

Desse modo, sem ignorar a importância do acesso do cidadão à propriedade e resguardando, sobretudo, a garantia social da moradia, foi preciso buscar equilíbrio ao sistema por meio de uma garantia real, que assegurasse o retorno do capital investido.⁷⁰

⁶⁸ MADALENA, Cassiano Pessanha. Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017, p. 9.

⁶⁹ Ibidem, p. 10.

⁷⁰ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 5.

3 FIDÚCIA LEGAL

A fidúcia cum *creditor* é a garantia real mais antiga do direito romano, em que se convencionava que o fiduciante transferisse ao fiduciário a propriedade de coisa infungível por meio de *pactum fiduciae*, sendo esta devolvida quando determinada obrigação fosse atingida.⁷¹

Assim, enquanto perdurasse a relação obrigacional o fiduciário tinha a propriedade plena do bem, podendo dispor dela e, se não adimplida a dívida, vendê-la para reaver o crédito, sem concorrência de terceiros, restando ao devedor exigir o valor excedente.⁷²

Desse modo, a *fidúcia cum creditor* ensejava na transferência para a propriedade do credor do bem dado em garantia, não podendo usufruir deste enquanto perdurasse a dívida, devendo, ainda, ser este de valor superior ao débito e restrito ao cumprimento daquela obrigação, impedindo, dessa forma, que o fiduciante utilizasse a coisa para buscar outros créditos.⁷³

Ademais, finalizada a relação obrigacional, não havia ação que coagisse o credor de devolver o bem, ficando o devedor sem garantia de ter a coisa restituída. Quando surgiu a *actio fiduciae*, havendo alienação do bem a terceiro, o devedor só tinha garantida a indenização pelo descumprimento do *pactum fiduciae*.⁷⁴

Posto isso, não havia previsão em caso de insolvência do fiduciário, sendo o negócio jurídico uma ação pessoal, pactuada com base na boa-fé atrelada a um ato solene de transferência de direito de propriedade formalizado por pacto adjeto.⁷⁵

“A fidúcia, assim, tem como requisitos a entrega da coisa ao fiduciário e o acordo de vontade pelo qual o fiduciário se obriga a restituí-la ou dar-lhe determinada destinação; esse acordo de vontades, o pacto *fiduciae*, só tinha eficácia obrigacional, daí porque a retomada da propriedade pelo fiduciante, uma vez cumprida a finalidade do pacto, era feita mediante uma nova transferência do domínio sobre a coisa então feita pelo fiduciário ao fiduciante”.⁷⁶

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 348.

⁷² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11.

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. Op.cit., p. 348.

⁷⁴ Ibidem, p. 348.

⁷⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 12.

⁷⁶ Ibidem, p. 13.

Por outro lado, para o credor, caso o bem se mantivesse na posse do devedor, ao fim de um ano este podia recuperar a propriedade por meio de modalidade de usucapião, a *usureceptio*.⁷⁷

No direito germânico, embora a fidúcia apresente as mesmas características do pacto fiduciário romano, diverge quanto à natureza e limite do poder judiciário do fiduciário, uma vez que a contratação com pacto adjeto condicionava a transmissão do bem por meio de um documento denominado *contracarta*, que garantia a restituição da coisa, sendo assegurado o efeito da condição resolutiva.⁷⁸

Na Idade Média passa a ser utilizado na Inglaterra o *trust*, que se caracterizava por meio da entrega de bens em confiança para que uma pessoa faça uso e o administre sem intermediação da lei. Desse modo, a entrega da coisa implicava na consciência da parte, sem a garantia real ou pessoal daquele que confiou.⁷⁹

O *trust* se amolda em um sistema em que a pessoa que constitui o *trust*, denominada *settlor of the trust*, decide quais bens serão cedidos aos *trustees* para serem administrados em interesse de uma ou mais pessoas, designadas como *cestuis que trust*.⁸⁰

Embora o *trust* tenha origem na prática do *equity*, e não da *common law*, ainda na Idade Média a Corte começa a interferir na prática da *equity* de modo a fazer com que o fiduciário, ainda que de forma coercitiva, restitua o bem ao fiduciante, cabendo até mesmo prisão para garantir o cumprimento da obrigação.⁸¹

Consoante a isso, verifica-se que no direito anglo-saxão existe a previsão de mais um direito de propriedade em relação a um bem, sendo um no âmbito formal e outro no econômico, com origem no contrato firmado pela confiança, porém protegido pelo judiciário, que atua no controle processual.⁸²

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 348.

⁷⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 15.

⁷⁹ Ibidem, p. 18.

⁸⁰ MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Uma introdução ao instituto jurídico do trust. *Revista do Centro Universitário Newton Paiva*. 5. ed. 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/04/PDF-E5-D11.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 68.

⁸¹ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 19.

⁸² Ibidem, p. 21.

Assim, o sistema decorrente do *trust* enseja na afetação do patrimônio de quem institui a obrigação, garantindo ao fiduciário a proteção do seu direito sem concorrência de outros devedores.⁸³

O mecanismo desenvolvido pelo *trust* na *common law*, embora incompatível com o fundamento jurídico dos países que adotam o *civil law*, foi adaptado por meio da criação da garantia real da alienação fiduciária, por meio da Lei 9.514/97, de modo a viabilizar negócios jurídicos e imprimir segurança jurídica aos contratos por meio da propriedade fiduciária,⁸⁴ em detrimento de garantias reais como hipoteca, penhor, anticrese, que a partir da Revolução Industrial começaram a apontar deficiências.⁸⁵

3.1 Negócio fiduciário no Brasil

O negócio fiduciário no Brasil foi aceito pela jurisprudência como transação válida mesmo quando não decorrente de prescrição legal,⁸⁶ a exemplo do mencionado no voto vencedor da decisão da Apelação Cível 29.651, conforme retrotranscrito abaixo:

“Não é exato possa o negócio fiduciário ser anulado pelo vício da simulação. O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidúcia, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o de simulação, pois, em suma, o negócio se efetivou segundo a vontade das partes. Assim, a quebra do compromisso fiduciário normalmente apenas concede ao fiduciante a faculdade de pleitear perdas e danos, mas não a de anular o negócio ou de exigir a retransmissão da propriedade”.⁸⁷

O anteprojeto do Código de Obrigações de 1965 previa o contrato de fidúcia, estabelecendo em seu artigo 672 que, em situações onde uma das partes recebesse da outra bens móveis ou imóveis, assumiria o encargo de administrá-los

⁸³ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁶ ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 503.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo. *Apelação Cível 29.651- SP*. Relatório da decisão. Relator: Desembargador Heraclides Batalha de Camargo, 17 de junho de 1959, *apud* ARAGÃO, José Maria. *Op.cit.*, p. 503.

em proveito do instituidor ou de terceiro, restando livre a disposição dos bens, sem prejuízo do direito do beneficiário.⁸⁸

A Lei n.º 4.728/65 - Lei de Mercado de Capitais – previu na Seção XIV, artigo 66, a figura da alienação fiduciária em garantia como aquela em que a posse indireta e domínio da coisa móvel alienada é transferida ao credor, independentemente de tradição, ficando o alienante ou devedor, enquanto possuidor direto e depositário, com todas as responsabilidades e encargos previstos na lei civil e penal.⁸⁹

A Lei nº 4.864/65 – Lei de estímulo a Indústria de Construção Civil – estabeleceu por meio de seu artigo 22 a cessão fiduciária de direitos creditórios originários da alienação de imóveis habitacionais, por meio do qual o credor fica como titular fiduciário dos direitos cedidos até o pagamento da dívida e o devedor depositário dos títulos e representante do credor no exercício de seu direito. Desse modo, em havendo a não liquidação da dívida, o credor passa a exercer todos os direitos originários dos créditos aplicando os recursos recebidos para ressarcir o capital investido e cobrir as despesas de cobrança, devolvendo o valor, se este sobejar, ou mantendo o devedor responsável pelo saldo remanescente, caso o recurso não seja suficiente para adimplir a obrigação.⁹⁰

Desse modo, as Leis nº 4.864/65 e n.º 4.728/65 instituíram no Brasil a fidúcia como instituto de segurança típico, com estrutura legal de garantia, sob a forma de alienação fiduciária, com propósito de estimular a indústria brasileira e fomentar a circulação de Capital.⁹¹

Entretanto, esse modelo começou a apresentar falhas para atender demandas contratuais seguras, o que ensejou na necessidade de ajuste jurídico dos dispositivos legais no que se refere aos contratos celebrados entre as financeiras

⁸⁸ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 504.

⁸⁹ Ibidem, p. 505.

⁹⁰ Ibidem, p. 506.

⁹¹ LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. FACE. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2013, p. 24.

registradas no Banco Central e os cidadãos que aderiram a essa forma de negócio.

Assim, foi criado o Decreto-lei nº. 911/1969 com o propósito de aprimorar o modelo vigente 25 e, para tanto, estabeleceu normas processuais a fim de oferecer maior efetividade à alienação fiduciária de coisa móvel, autorizando a venda a terceiros do bem objeto do contrato pelo credor fiduciário em caso de inadimplência do devedor, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato.⁹²

Em 1997, por meio da Lei nº 9.514, foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – como proposta alternativa ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, mais aderente à situação e perspectiva da sociedade brasileira.⁹³

“As operações de cunho social devem ser tratadas separadamente daquelas orientadas para o mercado, ou seja, as políticas voltadas para os tomadores de empréstimo de baixa renda devem ser diferenciadas daquelas voltadas para os das classes média e alta”.⁹⁴

O SFI foi criado sob as bases da Companhia Brasileira de Securitização (Cibrasec), advinda três anos após implantação do Plano Real em 1994 e início do controle da inflação, sendo um dos pilares dentro de uma reforma maior.⁹⁵

“Em 1995, ocorre uma retomada nos financiamentos de habitação e saneamento com base nos recursos do FGTS, depois de vários anos de paralisação dos financiamentos, num contexto de alterações significativas na concepção vigente sobre política habitacional. Se, por um lado, é exagerado dizer que se estruturou de fato uma política habitacional, os documentos elaborados pelo governo mostram que os pressupostos gerais que presidiram a formulação dos programas são fundamentalmente diversos daqueles que vigoraram desde o período do BNH”.⁹⁶

A proposta do SFI decorreu da Associação Brasileira das Entidades de Crédito

⁹² ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 506.

⁹³ LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. FACE. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2013, p. 32.

⁹⁴ LIMA E KYUS (1998), *apud* LOPES, Christiano Lins. Op.cit., p. 33.

⁹⁵ LOPES, Christiano Lins. Op.cit., p. 32.

⁹⁶ BONDUKI, Nabil. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. In: *Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo*. São Paulo. N. 1, 2008. Disponível em: <http://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 78.

Imobiliário e Poupança (Abecip), com objetivo de oferecer ao mercado secundário de recebíveis imobiliário um novo sistema, com fontes tradicionais de financiamento do SFH.⁹⁷

“Dentre os programas criados no governo FHC e que continuaram a existir no primeiro ano do governo Lula, incluiu-se, como principal alteração, a criação de programas de financiamento voltados ao beneficiário final, (Carta de Crédito, individual e associativa), que passou a absorver a maior parte dos recursos do FGTS. Além deste, criou um Programa voltado para o poder público, focado na urbanização de áreas de áreas precárias (Pró-Moradia), paralisado em 1998, quando se proibiu o financiamento para o setor público e um programa voltado para o setor privado (Apoio à Produção), que teve um desempenho pífio. Em 1999, foi criado o Programa de Arrendamento Residencial – PAR –, programa inovador voltado à produção de unidades novas para arrendamento que utiliza um mix de recursos formado pelo FGTS e recursos de origem fiscal”.⁹⁸

Nesse contexto, a Lei 9.514/97, que criou o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – instituiu a alienação fiduciária de imóveis, que viabilizou a continuidade do processo de admissão do negócio jurídico no direito brasileiro com objetivo de colocar o mercado de capitais a serviço da produção e comercialização de bens imóveis.⁹⁹

“A alienação fiduciária atenua, em muitos casos, as dificuldades normais encontradas nos tradicionais instrumentos de garantia, oferecendo maior rigor e eficiência na segurança do crédito, principalmente devido ao crescente abalo, pelo Poder Judiciário, ao prestigiosa hipoteca como fomentador da garantia do crédito, da rapidez de sua execução e, fundamentalmente, quanto à eficácia do direito de sequência e de sua oponibilidade perante terceiros, especialmente nas situações de falência do devedor hipotecante”.¹⁰⁰

Assim, a alienação fiduciária passou a exercer papel diferenciado no desenvolvimento econômico do país e propiciou o crescimento da indústria, do consumo, por meio de instrumento de garantia com procedimento judicial mais célere

⁹⁷ LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. FACE. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2013, p. 32.

⁹⁸ BONDUKI, Nabil. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. In: *Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo*. São Paulo. N. 1, 2008. Disponível em: <http://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017, p. 78.

⁹⁹ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 506.

¹⁰⁰ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei n.º 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 21.

ao credor, em havendo a necessidade de retomada do imóvel.¹⁰¹

3.2 Da Alienação Fiduciária

O conceito de alienação fiduciária vem estabelecido no artigo 22 da Lei nº 9.514/97, que determina o instituto como negócio jurídico, em que o devedor contrata transferência da propriedade resolúvel e posse indireta do bem imóvel para garantir o cumprimento da obrigação.¹⁰²

Nesses termos, o negócio jurídico celebrado por meio da alienação fiduciária estabelece que o credor fiduciário adquire a propriedade e posse indireta do imóvel com o objetivo de haver a garantia em relação ao Capital investido e o devedor fiduciante é o titular do direito de aquisição, com condição suspensiva, ficando este com a posse direta do imóvel. Frente a esse cenário, a Alienação Fiduciária é tida como garantia real e direito acessório que assegura a obrigação resultante do negócio jurídico¹⁰³, o que, em contrapartida, enseja na oposição entre credor e devedor, em decorrência do conflito pela propriedade do bem imóvel, uma vez que a garantia do credor implica na perda da propriedade pelo devedor, que tem limitado seu poder, conforme explicita Dantzger:

“Considerando na perspectiva das limitações do poder do adquirente da propriedade, o negócio fiduciário explica-se à luz de três principais construções teóricas: A primeira serve-se de um pacto obrigacional agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza. As raízes dessa explicação encontram-se no direito romano. A segunda teoria, de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para fim determinado. A terceira teoria dissocia o direito fiduciário, assinalando que, nas relações externas, é de propriedade, e nas relações internas, de crédito, figurando ele em certos casos, como um mandatário [...]”.¹⁰⁴

¹⁰¹ LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. FACE. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2013, p. 25.

¹⁰² CELESTINO, Pedro. A alienação fiduciária de imóveis. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016, p. 3.

¹⁰³ Ibidem, p. 4.

¹⁰⁴ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *A alienação fiduciária em garantia: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2007, p. 28.

Dessa forma, verifica-se que a Alienação Fiduciária apresenta natureza jurídica de contrato acessório de garantia, considerando sua finalidade de fazer cumprir obrigação principal por meio da transferência do domínio pleno e irrevogável do bem imóvel ao credor fiduciário, além de ser classificado como contrato típico, formal, oneroso, unilateral e cumulativo.¹⁰⁵

3.3 Alienação Fiduciária: garantia real para fomentar o mercado

Na década de 80, o setor imobiliário brasileiro enfrentou grave crise em decorrência do custo do crédito oriundo do mercado financeiro, que não conseguia ser suportado pela população de baixa renda, desinteresse do investidor, frente a garantia fragilizada da operação; e interferência do Estado na economia.¹⁰⁶

Associado a isso, a dinâmica da economia exigia recorrentes adaptações para suprir perspectivas que inovassem e acompanhassem modalidades de negócios de modo a fomentar o setor financeiro e práticas contratuais.¹⁰⁷

“[...] é através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções. [...]”.¹⁰⁸

As garantias vigentes nos sistemas jurídicos: hipoteca, penhor e anticreses, não mais atendiam a demanda da sociedade industrial ou relações creditícias entre pessoas físicas, uma vez que ensejavam em execuções morosas e de alto custo.¹⁰⁹

A hipoteca, garantia real muito utilizada nos contratos de crédito imobiliário, dispõe, nos termos do Código Civil Brasileiro, que em relação ao bem objeto da garantia deve recair um gravame, como forma de assegurar de forma acessória o capital investido, ficando a posse direta e indireta em nome do devedor, que pode inclusive renegociar o imóvel, sendo, portanto, um direito real de coisa alheia¹¹⁰. Desse modo,

¹⁰⁵ CELESTINO, Pedro. A alienação fiduciária de imóveis. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016, p. 5.

¹⁰⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 33.

¹⁰⁸ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 90.

¹⁰⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 220.

¹¹⁰ Ibidem, p. 221.

ficando o devedor inadimplente, pode o credor buscar por trâmites legais para buscar a retomada da garantia a fim de quitar a dívida.¹¹¹

Entretanto, o instituto da hipoteca não obsta a venda do imóvel a terceiros, conforme estabelece artigo 1.475 do Código Civil, atribuindo ampla proteção ao consumidor e deixando o investidor vulnerável frente a inadimplência do devedor.¹¹²

Não obstante a isso, o instituto da hipoteca, ainda utilizado em algumas operações de crédito, apresenta morosidade no trâmite processual da execução hipotecária e enseja em gastos na retomada do bem imóvel para reconstituição do Capital investido, o que intensificou o desinteresse em investimentos na área.¹¹³

Nesse contexto, buscou-se no século XX associar elementos do *trust* com a atualização do conceito de fidúcia, de modo a garantir novas perspectivas na administração de negócios patrimoniais. Tal ideia acabou sendo consolidada no direito positivo brasileiro por meio de leis esparsas, a exemplo da Lei 9.514/97, que introduziu a fidúcia como garantia real no setor imobiliário.¹¹⁴

A Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997 instituiu a alienação fiduciária como instrumento que oferecesse ao mercado uma garantia que viabilizasse ao sistema financeiro o retorno do capital investido em prazo equivalente a dinâmica da economia, o que ainda era deficiente no ordenamento.¹¹⁵

Com base nisso e sobretudo ponderando a morosidade da execução da garantia, que impactava e obstaculizava na retroalimentação do setor imobiliário e em novas concessões de financiamentos, o instituto da alienação fiduciária tornou-se um instrumento preponderante na mudança de paradigma de investimentos econômicos, uma vez que ofereceu ao Mercado perspectiva de expansão por meio da regularidade do funcionamento do sistema e da constante oferta do crédito.¹¹⁶

¹¹¹ RODRIGUES, Marcela Carillo. *Aspectos polêmicos do procedimento de execução da alienação fiduciária de bens imóveis*. 2014. 21 f. Pós-graduação (Especialista) – Direito Imobiliário. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas da Escola de Direito de São Paulo, 2014, p. 6.

¹¹² Ibidem, p. 7.

¹¹³ CELESTINO, Pedro. A alienação fiduciária de imóveis. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016, p. 2.

¹¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132.

¹¹⁵ Ibidem, p. 222.

¹¹⁶ Ibidem, p. 224.

O instituto da alienação fiduciária, além de limitar a intervenção Estatal¹¹⁷, facilitou a concessão de crédito no setor imobiliário por meio de uma garantia real mais eficiente,¹¹⁸ que viabilizasse, se necessário, a retomada do bem pelo agente financeiro, sem maiores burocracias por meio do rito da execução extrajudicial.

A Lei 9.514/97 criou o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – consoante aos modelos de Mercados Imobiliários internacionais, tendo como princípio a unificação das operações imobiliárias e Mercado de Capitais, o que propiciou em maior oferta de crédito e crescimento do número de financiamentos imobiliários no Brasil.¹¹⁹

Cabe ressaltar ainda que a lei que regulamenta a alienação fiduciária permite que a propriedade fiduciária seja constituída em garantia em qualquer obrigação, independentemente de ter sido instituída em contexto onde prepondera a regulamentação de operações de mercados imobiliários, financeiro e de capitais, o que possibilita a contratação do instituto por qualquer pessoa física ou jurídica, não havendo restrição a entidades que operam no sistema do financiamento imobiliário, sendo a Lei nº 10.931/2004 regulamentadora da constituição de propriedade fiduciária como garanti de obrigações em geral.¹²⁰

Nessa perspectiva, em que foi conferida maior credibilidade às operações de crédito, decorrente da adoção da alienação fiduciária e da previsão do rito de execução extrajudicial, houve a reabertura do mercado imobiliário e o aumento do número de financiamentos imobiliários no país,¹²¹ o que pôde ser constatado por meio de estudo realizado pela Associação Brasileira de Empresas de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP, conforme ressalta Pedro Celestino:

“[...] a Associação Brasileira de Empresas de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), elaborou alentado estudo, demonstrando esse re-
crudescimento, asseverando que em 1997, antes da promulgação da lei nº. 9.514, 35 mil habitações foram financiadas, em cotejo com mais de 1 milhão de habitações financiadas em 2011, o que denota, de

¹¹⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5.

¹¹⁸ CELESTINO, Pedro. *Alienação fiduciária de imóveis*. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedro-celestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016, p.1.

¹¹⁹ Ibidem, p. 3.

¹²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 3.

¹²¹ CELESTINO, Pedro. Op.cit., p. 3.

forma indubitável, o grande impulso que essa lei proporcionou à economia e ao país como um todo.¹²²

3.4 Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária

A Lei 9.514/97 estabeleceu em seu artigo 17 a Alienação Fiduciária de bem imóvel como modalidade de garantia. Em complemento, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispôs que esse instituto constitui garantia real.¹²³

Entretanto, embora haja clareza no que se refere a natureza jurídica da alienação fiduciária, o entendimento doutrinário não é pacífico acerca dos contornos do Instituto, havendo quem defenda ser a Alienação Fiduciária direito real de garantia sobre coisa própria, consubstanciado na transmissão da propriedade do bem ao credor fiduciário:

“Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal”.¹²⁴

Por outro lado, há os que entendem que a garantia incide sobre coisa alheia, não ultrapassando o âmbito do direito real de garantia na sua constituição, a exemplo de Ubirayr Ferreira Vaz:

“Ressalta do contexto da Lei 9.514 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade fiduciária, e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, pelo valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais; com a extinção da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilões os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados. Trata-se, pois, de transmissão e aquisição, a que

¹²² CELESTINO, Pedro. Alienação fiduciária de imóveis. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedro-celestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016, p. 13.

¹²³ SANTOS, Eloir Gasparim. *Aspectos relevantes da alienação fiduciária*. 2010. 46 f. Graduação (Bacharel) – Curso de Direito. Curitiba: Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, 2010, p. 16.

¹²⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 220.

não se podem aplicar, de forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação”.¹²⁵

Em observância ao artigo 23 da Lei 9.514/97 conclui-se que o registro do contrato de alienação fiduciária, respaldado em todos os requisitos exigidos pela norma, enseja na constituição da propriedade fiduciária, o que possibilitará o direito de propriedade plena em detrimento ao caráter acessório do instituto.¹²⁶

A doutrina, no entanto, não diverge ao considerar a alienação fiduciária como um negócio jurídico bilateral, oneroso, comutativo e formal, conforme esclarecido abaixo:

“[...] a alienação fiduciária é um negócio jurídico, que apresenta os seguintes traços: (a) é bilateral, pois cria obrigações e direitos tanto para o credor-fiduciário como para o devedor-fiduciante; (b) é oneroso, porque cada contraente suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que o ônus e o proveito guardem relativa equivalência; (c) é comutativo, pois essa equivalência pode ser verificada de imediato; (d) é formal, porque exige a observância de certas formalidades, como o registro do contrato no Registro de Imóveis; e finalmente (e) é acessório, pois depende, para a sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir”.¹²⁷

A alienação fiduciária configura, desse modo, espécie de negócio jurídico em que se transfere a propriedade do bem imóvel como garantia da operação de crédito, com função similar às garantias reais imobiliárias elencadas no rol do Código Civil, contudo, dotada de eficácia, já que a propriedade do bem é transferida ao credor pelo devedor até que satisfeita a obrigação.¹²⁸

Assim, a posse na alienação fiduciária é desdobrada, sendo atribuída a posse direta ao devedor e a indireta ao credor fiduciário, sendo este um direito real em coisa própria, com função de garantia.¹²⁹

¹²⁵ VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 55.

¹²⁶ SANTOS, Eloir Gasparim. *Aspectos relevantes da alienação fiduciária*. 2010. 46 f. Graduação (Bacharel) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010, p. 18.

¹²⁷ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia: Lei nº 9.514/97, primeiras linhas*. Porto Alegre: S. Fabris, 1998, *apud* LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação – FACE. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2013, p. 25.

¹²⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 220.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 221.

Posto isso, o registro da alienação fiduciária torna o credor titular da propriedade resolúvel, permanecendo o bem sob seu domínio até que a dívida seja quitada, ocasião em que o patrimônio retorna ao devedor.¹³⁰

O fato da propriedade ser retirada do devedor, o impossibilita de oferecê-lo em garantia em novas operações e inviabiliza sua constrição em decorrência de outras dívidas, não podendo inclusive, conforme jurisprudência consolidada, imputar a ele ordem de preferência de crédito tributário de débito de responsabilidade do fiduciante.¹³¹

Desse modo, é constituído um patrimônio de afetação que se integra ao bem objeto de garantia que o resguarda de eventuais efeitos da insolvência do devedor, impedindo inclusive que o imóvel seja integralizado à massa falida.¹³²

¹³⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 223.

¹³¹ *Ibidem*, p. 223.

¹³² *Ibidem*, p. 223.

4 EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E DEVOLUÇÃO DE PARCELAS NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A oposição entre o adquirente e o credor fiduciário na relação contratual, enseja em interpretações conflitantes acerca da aplicabilidade do instituto da Alienação Fiduciária em havendo necessidade de consolidação da propriedade em decorrência do inadimplemento da obrigação pelo devedor fiduciante, que enseja no início do rito da execução extrajudicial, considerada mais célere e efetiva para o investidor, mas, em contrapartida, interpretada como inconstitucional por alguns doutrinadores, se pautada sob a ótica do devedor da obrigação, que é a parte mais vulnerável no negócio.

João Bosco Brito Luz pondera que o procedimento previsto na Lei 9.514/97 se opõe aos dispositivos constitucionais, fere princípios do contraditório e ampla defesa, que devem ser de aplicação imediata em caso de violação dos direitos da parte lesada, além de serem destoantes aos fins sociais da moradia previstos na Carta Magna.¹³³

“A retomada do imóvel residencial através execução promovida pelo próprio credor é incompatível com os princípios do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal, consagrados expressamente no art. 5º, XXXV, LIV e LV da vigente Constituição Federal”.¹³⁴

No entanto, ressalta Gustavo Scudeler Negrato, à luz de Melhim Namem Chalhub, ainda assim haver equilíbrio contratual entre credor e devedor, uma vez que, em havendo frustração do segundo leilão e extinção da dívida por meio da consolidação da propriedade, não há amparo legal para se buscar outros bens, nos termos dos artigos 586 e 592 do Código Civil, o que de certo modo limita a atuação do mutuante na relação contratual¹³⁵. Tal entendimento, geraria, portanto, a equiparação de condições entre devedor e credor.

¹³³ LUZ, João Bosco Brito. *A inconstitucionalidade dos leilões extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.amspa.com.br/novo/inconstitucional/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 2.

¹³⁴ Ibidem, p. 2.

¹³⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 45, 2008, p. 22-24, *apud* NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 84.

Associado a isso, também se atina para a questão do credor, no rito da execução extrajudicial, exercer papel de judiciário, podendo se beneficiar do procedimento, tendo em vista ser ele o beneficiário do rito e parte interessada no processo.

“As constituições, portanto, balizam as relações de poder segundo uma concepção hegemônica em certo espaço e em determinado tempo. Por isso, a ciência jurídica, ao analisar as constituições, deve considerar seus aspectos formais em conexão íntima com seus aspectos materiais, para, com isso, a prudência judicial, ao aplicar as constituições, possa fazer com que os valores postos juridicamente condigam com os valores pressupostos socialmente”.¹³⁶

Por outro lado, a jurisprudência tem entendido que o recurso investido é parâmetro para retroalimentar o mercado financeiro imobiliário, sendo a adimplência requisito para recompor o capital e atender novas demandas.¹³⁷

A partir do polêmico rito da execução extrajudicial, questiona-se igualmente a recepção do artigo 53 da legislação consumerista na consolidação da propriedade decorrente de contratos com garantia de alienação fiduciária.

Versa o referido artigo serem nulas de pleno direito cláusulas contratuais que estabeleçam perda total de prestações pagas pelo devedor em benefício do credor¹³⁸, o que causa divergência doutrinária, como bem reconhece Gustavo Scudeler Negrato:

“Controvertido é o posicionamento da doutrina quanto à aplicação do mencionado dispositivo legal aos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienação fiduciária, tipificados na Lei n. 9.514/97, mais precisamente quanto ao procedimento descrito na legislação para, em caso de inadimplemento, satisfazer o crédito fiduciário (arts. 26 e 27)”.¹³⁹

¹³⁶ FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis/Porto Alegre: Vozes/EDIPUCRS, 1989, *apud* LUZ, João Bosco Brito. *A inconstitucionalidade dos leilões extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.amspa.com.br/novo/inconstitucional/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 3.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar na Ação Cautelar 3.853 – RS*. Relatório da decisão. Supremo Tribunal Federal. Autor: Édson Freitas de Siqueira e outros. Réu: Caixa Econômica Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, 20 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 6.

¹³⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

¹³⁹ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 79.

O questionamento reside na possibilidade de haver infração às normas de proteção do consumidor em decorrência do procedimento de satisfação de crédito estabelecido nos artigos 26 e 27 da Lei de alienação fiduciária, no que se refere a consolidação plena da propriedade em nome do fiduciário. Nesse caso, há conflito doutrinário no sentido de que alguns autores entendem que valores pagos devem ser ressarcidos ao fiduciante, independente do proveito econômico decorrente do leilão, a fim de evitar excessiva onerosidade ao consumidor.¹⁴⁰

Sob tal enfoque, verifica-se que os entendimentos acerca da adoção da Alienação Fiduciária na propriedade retratam conflitos entre interesses sociais e econômicos, sendo um instituto que movimenta o mercado por meio da concessão de novos créditos que intermedeiam instrumentos para aquisição da moradia, mas que, por outro lado, se pauta na proteção da garantia do investidor em reaver o capital investido.

4.1 Teoria do Adimplemento Substancial

O inadimplemento contratual se caracteriza pelo total descumprimento da obrigação ou cumprimento diferente do que fora acertado, podendo o credor pleitear a execução do contrato em havendo culpa do devedor.¹⁴¹

Em razão da natureza da obrigação, em algumas situações resta como única alternativa a extinção do contrato, sendo cabível a indenização pelo dano emergente e lucro cessante.¹⁴²

No entanto, a doutrina e jurisprudência tem preconizado a possibilidade, ainda não regulamentada, de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, pela qual não se admite a extinção do negócio caso a o inadimplemento seja de parcela de menor importância em relação ao conjunto de obrigações imputadas ao devedor.¹⁴³

¹⁴⁰ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 81.

¹⁴¹ CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Princípios da teoria do adimplemento substancial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9705&revista_caderno=7>. Acesso em mar 2017, p.1.

¹⁴² Ibidem, p.1.

¹⁴³ Ibidem, p.1.

Para tanto, é entendido o cabimento da teoria do adimplemento substancial nas situações em que o devedor que agiu com boa-fé tenha quitado a maior parte da obrigação nas formas e prazos estabelecidos entre as partes, configurando a inadimplência da obrigação tida como insignificante em relação a parte já cumprida do contrato, que acaba por assegurar o negócio jurídico.¹⁴⁴

Nesse sentido, o inadimplemento da obrigação não enseja na extinção do contrato desde que haja o adimplemento substancial da obrigação, outro meio alternativo e útil ao credor alcançar as parcelas descumpridas e quando caracterizada a boa-fé do devedor fiduciante, demonstrando seu esforço em adimplir integralmente o contrato.¹⁴⁵

Por outro lado, deve ser analisado no caso concreto o interesse do credor e a proporção em que os interesses sociais e econômicos do contrato foram atingidos.

Posto isso, houve entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em decisão no dia 22 de fevereiro de 2017, no sentido de que a tese do adimplemento substancial não pode ser aplicada aos casos de alienação fiduciária, ainda que o devedor tenha pago a maior parte das parcelas, devendo o devedor fiduciante adimplir com sua obrigação integralmente, sendo o contrato resolvido somente com a quitação total da dívida.¹⁴⁶

No voto vendedor, houve acolhimento da tese recursal de que a teoria do adimplemento substancial não tem previsão legal e decorre de interpretação extensiva

¹⁴⁴ CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Princípios da teoria do adimplemento substancial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9705&revista_caderno=7>. Acesso em mar 2017,, p.1.

¹⁴⁵ SILVEIRA, Marcos Vinícius Jardim. A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1257, 17 de jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7218-a-aplicabilidade-da-teoria-do-adimplemento-substancial-nos-contratos-de-alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-the-applicability-of-the-substantial-due-performance-theory-of-property-sale-of-fiduciary-contracts>>. Acesso em 12 mar. 2017, p.4.

¹⁴⁶ CONJUR. Tese do adimplemento substancial não se aplica em alienação fiduciária, diz STJ. *Boletim de notícias Conjur*. Fev 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/tese-adimplemento-substancial-nao-aplica-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em mar 2017, p.1.

de dispositivos do Código Civil, não podendo, desse modo, se sobrepor à lei especial da alienação fiduciária, pela regra que esta prevalece em relação a lei geral.¹⁴⁷

Associado a isso, foi igualmente ressaltado que o inadimplemento não apresenta caráter insignificante uma vez que tolhe o direito de ação do credor e viola princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, podendo ensejar em risco da perda da eficácia conferida ao instrumento da alienação fiduciária, o que afeta as taxas de juros e atinge toda a coletividade.¹⁴⁸

Desse modo, em havendo inadimplemento contratual é conferindo ao credor o direito de consolidar a propriedade nos termos do rito previsto pela Lei 9.514/97.¹⁴⁹

4.2 O rito da Execução Extrajudicial na Alienação Fiduciária

No instituto da Alienação Fiduciária o adimplemento da obrigação contratual é o fato jurídico que garante a reversão da propriedade resolúvel em plena, cabendo ao credor fiduciário emitir termo de quitação ao devedor fiduciante no prazo de trinta dias para cancelamento da garantia no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do artigo 25 da Lei 9.514/97.¹⁵⁰

Por outro lado, em havendo o inadimplemento de alguma parcela, o mesmo diploma legal estabelece um conjunto de procedimentos para consolidar a propriedade fiduciária, os quais são atribuídos ao Oficial do Registro de Imóveis que os faz por meio de diligências de notificação e execução para purgar a mora.¹⁵¹

“Na linha desses princípios, e fiel à natureza da propriedade resolúvel de que está investido o credor, o artigo 26 da Lei 9.514/97 considera constituído em mora o devedor desde que vencida e não paga a dívida, prevendo que nessa hipótese opera-se a automática consolidação da propriedade no credor”.¹⁵²

¹⁴⁷ CONJUR. Tese do adimplemento substancial não se aplica em alienação fiduciária, diz STJ. *Boletim de notícias Conjur.* Fev 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/tese-adimplemento-substancial-nao-aplica-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em mar 2017, p. 1.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 2.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 2.

¹⁵⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 247.

¹⁵¹ Ibidem, p. 222.

¹⁵² Ibidem, p. 249.

Desse modo, o modelo de execução extrajudicial instituído para a Alienação Fiduciária é promovido independente da vontade do executado e se opera por meio sub-rogatório de modo a viabilizar a expropriação do imóvel em relação ao qual se perfaz a obrigação executiva.¹⁵³

De todo modo, é previsto na Lei 9.514/97, em seu artigo 26, § 1º, a necessidade de que o devedor seja notificado para adimplir com a dívida no prazo de quinze dias, sendo, entretanto, “ato de vontade destinado apenas a dar ciência, porquanto os efeitos da mora decorrentes do inadimplemento”, não tendo a interpelação a função de suscitar os efeitos da mora, pois esta já terá ocorrido.¹⁵⁴

Além disso, é exigível na Alienação Fiduciária provar a inadimplência para consolidação da propriedade, de modo que o devedor possa justificar o atraso ou purgar a mora. Para tanto, a intimação é feita pessoalmente ou pelos correios com aviso de recebimento. Ressalta-se ainda que a carta de notificação é expedida após prazo de carência previsto contratualmente e o credor só instrui o requerimento para atuação do Oficial de Registro no trâmite mediante apresentação de demonstrativo do débito, conforme dispõe o artigo 614 do Código Civil.¹⁵⁵

Assim, caso não haja a purgação da mora pelo devedor, é formalizada a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário por meio da averbação na matrícula do imóvel pelo Cartório de Registro de Imóveis, o que decorre da natureza da propriedade resolúvel.¹⁵⁶

A partir de então, o credor promove dois leilões, sendo o primeiro realizado no prazo de trinta dias contados da consolidação da propriedade por valor igual ou superior ao previsto em contrato, conforme artigos 27, *caput*, § 1º, e 42, IV, da Lei nº 9.514/97, e o segundo no valor da dívida, acrescidas as despesas previstas em lei.¹⁵⁷

¹⁵³ BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

¹⁵⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 328.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 251.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 252.

¹⁵⁷ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 67.

Caso o bem seja arrematado por valor superior à dívida, o dispositivo legal prevê que seja devolvido o valor que sobejar ao devedor no prazo de cinco dias a contar da arrematação e é conferida a quitação da obrigação principal.¹⁵⁸

Por outro lado, caso não se arremate o imóvel, a dívida será tida como extinta e o termo de quitação será entregue ao devedor pelo credor fiduciário no prazo de cinco dias do segundo leilão.¹⁵⁹

Em se tratando de propriedade resolúvel, em que o bem já é de propriedade do credor, a consolidação ocorre independente da intervenção judicial.¹⁶⁰

“Efetivamente, a reversão da propriedade ao devedor fiduciante, assim como sua consolidação no credor, são efeitos normais da condição resolutiva e operam automaticamente, independente de atuação judicial”.¹⁶¹

Desse modo, todo o rito é procedido por agentes que não integram o Poder Judiciário, afastando todo o procedimento do monopólio judicial, inerente ao modelo de execução previsto no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶²

No entanto, os procedimentos são realizados por meio de processo formado para cada requerimento de intimação e o demonstrativo da dívida é detalhado, com discriminação dos valores a serem pagos e prazo final para adimplir com a obrigação.¹⁶³

4.2.1 Constitucionalidade da Execução Extrajudicial na Alienação Fiduciária

Os procedimentos que constituem a garantia fiduciária estão dispostos nos artigos 25 e 30 da Lei 9.514/97, dentre os quais, a reversão da propriedade ao fiduciante,

¹⁵⁸ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 67.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 67.

¹⁶⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 254.

¹⁶¹ Ibidem, p. 255.

¹⁶² BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

¹⁶³ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 251.

mecanismos para se comprovar a mora, consolidação da propriedade, leilão extrajudicial, são realizados pelo Cartório de Registro de Imóveis, e a reintegração da posse do imóvel pelo credor é processada em Juízo.¹⁶⁴

Em decorrência disso, é importante apreciar os procedimentos extrajudiciais, previstos no rito da alienação fiduciária, em detrimento ao que estabelece os incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal de 1988, que abordam o princípio do devido processo legal, e ensejam em divergências doutrinárias no que se refere à constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais.¹⁶⁵

O princípio do devido processo legal é uma garantia Constitucional que confere que a ameaça ou lesão seja apreciada pelo Judiciário, de modo a assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa e, portanto, repercute nos procedimentos extrajudiciais da alienação fiduciária, que são realizados pelo Oficial de Registro de Imóveis e, de certo modo, pode impossibilitar a efetiva tutela jurisdicional.¹⁶⁶

“[...] os procedimentos que limitam a defesa, obrigando à propositura de ação inversa, devem estar em consonância com as necessidades do direito substancial e de acordo com os valores da Constituição. Ou seja, a limitação do direito à cognição de exigências do direito material e da realidade posta pela Constituição”.¹⁶⁷

Associado a isso, há o argumento de que no rito da execução extrajudicial o credor fiduciário é revestido de atividades de caráter judiciário e faz valer de modo coercitivo seu direito. Tal entendimento é ratificado por João Bosco Brito Luz:

“O mais importante, porém, é que a aplicação da norma pelo agente fiduciário é feita de maneira coercitiva. A realização dos leilões representa a prática de atos tipicamente executivos posto dotados de coercitividade necessária a impor ao devedor uma valoração desfavorável a seus interesses. Nitidamente, então, o agente fiduciário exerce atividades judiciárias pois que importam na desinteressada aplicação coercitiva de normas gerais e abstratas a situações específicas e concretas”.¹⁶⁸

¹⁶⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 319.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 320.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 322.

¹⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 88; MARINONI, Luiz Guilherme. p. 72, *apud* CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322.

¹⁶⁸ LUZ, João Bosco Brito. *A inconstitucionalidade dos leilões extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.amspa.com.br/novo/inconstitucional/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 8.

Entretanto, à luz do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, cabe ressaltar que o devido processo legal não deve ser interpretado como a exigência do processo judicial, não sendo inclusive o devedor obstado de buscar o Judiciário para prestação da tutela jurisdicional, mesmo já tendo havido o leilão do imóvel, uma vez que, nesse caso, a procedência dos fatos alegados ensejariam em perdas e danos.¹⁶⁹

Desse modo, o direito individual do devedor de buscar a tutela jurisdicional do Estado não é cerceado se caso considerar injusta a execução extrajudicial da garantia, podendo, por meio de ação em juízo, contestar o valor da dívida, impugnar a legitimidade do credor ou mesmo comprovar o pagamento do valor cobrado.¹⁷⁰

Assim, a medida judicial é possível e cabível para interrupção do procedimento extrajudicial uma vez descumpridas as cláusulas contratuais, amparada por provas contundentes, ou depósito em juízo do valor exigido.¹⁷¹

Além disso, a venda do bem alienado é realizada com prévio conhecimento do devedor, que deve ser devidamente notificado. Associado a isso, o contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária é devidamente detalhado com todos os procedimentos, valor pelo qual o imóvel deve ser vencido em leilão, em havendo inadimplemento do devedor, prazo de carência para expedição da intimação do fiduciante pelo Oficial do Registro de Imóveis, de modo a garantir o equilíbrio entre as partes,¹⁷² o que se contrapõe ao argumento do domínio do credor no rito extrajudicial da alienação fiduciária.

De todo modo, cabe ressaltar que o rito especial da alienação fiduciária de constituir a garantia tem como propósito a celeridade na recomposição do capital investido e a manutenção do fluxo dos recursos que retroalimentarão o mercado,¹⁷³ garantindo que a economia satisfaça a função social do estado.

“[...] a oferta de crédito, elemento propulsor da atividade produtiva em geral, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez

¹⁶⁹ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 508.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 510.

¹⁷¹ Ibidem, p. 511.

¹⁷² Ibidem, p. 511.

¹⁷³ Ibidem, p. 347.

nos processos de recuperação dos créditos. Os mecanismos adotados pelas normas especiais que disciplinam o interesse coletivo da oferta de crédito com as garantias individuais emanadas da Constituição”.¹⁷⁴

Nesse sentido, a Lei nº 9.514/97 protege os créditos dos condôminos que integram empreendimentos imobiliários em construção, pois a celeridade do retorno do capital propicia a manutenção do fluxo financeiro para andamento da obra.¹⁷⁵

Assim, em se tratando de condomínio, existe uma Comissão de Representantes investidos de mandato irrevogável para, em nome do condômino inadimplente, proceder à alienação dos direitos de sua titularidade, sendo os procedimentos para isso previstos no artigo 63 do mesmo dispositivo legal.¹⁷⁶

Cabe ressaltar que, do mesmo modo que ocorre nos contratos de alienação fiduciária vinculados ao SFH, os procedimentos para venda de unidades imobiliárias em construção não obstruem a possibilidade do devedor em ajuizar ação judicial ou mesmo viola o princípio do contraditório.¹⁷⁷

4.3 Relação de Consumo nos contratos com Pacto Adjecto de Alienação Fiduciária

A Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – teve inspiração no artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, de modo a reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e buscar harmonizar e proteger os interesses dos sujeitos das relações de consumo e compatibilizá-los às necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico.¹⁷⁸

Entretanto, cabe ressaltar que a legislação consumerista não rompe com princípios do direito tradicional, mas apenas busca a defesa do consumidor consoante critérios de equidade e boa-fé.¹⁷⁹

Desse modo, o CDC tem como objetivo mitigar práticas abusivas em detrimento do consumidor por meio de mecanismos de proteção que restringem no direito

¹⁷⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 346.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 345.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 345.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 345.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 300.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 300.

positivo brasileiro o princípio da liberdade contratual e instituem formas de compensação do desequilíbrio decorrente da densidade social que abarca as relações de consumo.¹⁸⁰

Os contratos do SFH apresentam natureza bancária, uma vez que é a instituição financeira intermediadora do crédito ao mutuário para aquisição do bem imóvel.¹⁸¹

Assim, o Banco aprecia a capacidade econômico-financeira do proponente para lhe conceder crédito que, aprovado, viabiliza a contratação do financiamento e formaliza a operação por meio de contrato com previsão de todas as condições de financiamento.¹⁸²

Por meio da lavratura do instrumento de crédito vincula as partes pelo prazo da operação e consagra a relação de consumo entre devedor e credor, a partir da qual o Banco, além de liberar o crédito, se obriga à prestação contínua de obrigações com o mutuário.¹⁸³

Conforme preleciona Arnaldo Rizzardo:

“Existe, no contrato de financiamento da casa própria, uma prestação de serviços, dirigida a atividades a consumidores, isto é, aos que necessitam da casa para a moradia. Trata-se de uma atividade que certos bancos exercem, prestada ao público, desde que preenchidos alguns requisitos ou satisfeitas certas formalidades”.

A atividade bancária tem controle estatal e é regida por diplomas específico. Posto isso, o contrato de financiamento imobiliário não se trata de negócio particular regido pelo Direito comum, mas de relação de consumo, sendo resultante de uma atividade dirigida ao público.¹⁸⁴

No mesmo sentido preleciona Cláudia Lima Marques:

¹⁸⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 6.

¹⁸² Ibidem, p. 7.

¹⁸³ Ibidem, p. 7.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 8.

“Muitas preocupações têm surgido no Brasil quanto ao contrato de financiamento com garantia hipotecária, e os contratos de mútuo para a obtenção de unidades de planos habitacionais. Nestes casos o financiador, o órgão estatal ou o banco responsável, caracteriza-se como fornecedor. As pessoas físicas, as pessoas jurídicas, sem fim de lucro, enfim todos aqueles que contratam para benefício próprio, privado ou de seu grupo social, são consumidores. Os contratos firmados regem-se, então, pelo novo regime imposto aos contratos de consumo, presente no CDC”.¹⁸⁵

Desse modo, constata-se que o financiamento imobiliário e a interpretação dos dispositivos do CDC, classificam essa relação como de consumo, sendo possível identificar o fornecedor, representado pelo credor, e o mutuário, que é o consumidor, destinatário final da relação de financiamento.¹⁸⁶

Tal mecanismo resta evidente a incidência do CDC nos contratos de alienação fiduciária, entendimento que pode ser interpretado com base na Súmula 297 do STJ, o que coaduna para a averiguação da recepção do artigo 53 deste dispositivo legal nos financiamentos imobiliários.¹⁸⁷

4.3.1 O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.514/97

Toda a forma de restituição e acertos entre credor e devedor na alienação fiduciária é regulamentada por meio do artigo 27 da Lei 9.514/97 que dispõe que, caso haja inadimplemento do devedor, após sua intimação para purgar a mora, deve ser consolidada a propriedade em nome do fiduciário, que promove o leilão para venda do imóvel, onde o bem deve ser oferecido por valor igual ou maior ao do consignado em contrato, no primeiro leilão, e igual ou maior ao da dívida, em segundo leilão, sendo o recurso direcionado para pagamento valor inadimplido, somados os encargos e taxas, e o restante devolvido ao devedor.¹⁸⁸

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 203, *apud* OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 8.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017, p. 7.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁸⁸ ABECIP – Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.abecip.org.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 13.

As parcelas vencidas e adimplidas são utilizadas para amortizar a dívida de um empréstimo que o devedor recebeu e dele usufruiu, restando ao credor o lucro por meio de encargos e taxas contratuais inerentes a qualquer contrato de empréstimo.¹⁸⁹

Ademais, é recepcionada pelo artigo 1.256 do Código Civil a igualdade de tratamento entre os mutuários pelo legislador, devendo aqueles serem obrigados a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.¹⁹⁰

Por outro lado, defende Gustavo Scudeler Negrato que a Lei 9.514/97 está condizente com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os dispositivos legais do instituto da alienação fiduciária preveem mecanismos para evitar enriquecimento ilícito do credor em caso de execução extrajudicial decorrente de inadimplência contratual¹⁹¹. Ademais, estabelece-se previsão normativa de entrega de valor excedente ao fiduciante das quantias pagas pelo devedor.

De fato, é importante reforçar que a alienação fiduciária impossibilita a execução de outros bens diferentes daquele que é o objeto da garantia da operação de crédito, o que, frente ao novo cenário econômico, em que se percebe desvalorização imobiliária, pode haver em prejuízos para o investidor, não sendo suficiente a consolidação da propriedade para solver a dívida e, portanto, incoerente o ressarcimento de parcelas pagas.

De todo modo, em detrimento da doutrina que nega a aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor nos financiamentos imobiliários com garantia de alienação fiduciária, Luiz Antonio Scavone se mostra convicto quanto a aplicação do dispositivo na alienação fiduciária, uma vez que a legislação consumerista se manifesta em qualquer relação entre consumidor e fornecedor.¹⁹²

¹⁸⁹ ABECIP – Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.abecip.org.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 14.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁹¹ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 83.

¹⁹² SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de->

Dessa forma, não se pode interpretar a Lei 9.514/97 como se somente o direito do credor fosse preservado, mesmo porque o devedor nesse cenário fica incumbido dos juros altos, que tendenciam o acúmulo do saldo devedor, sem manifesta valorização do bem imóvel no mercado.¹⁹³

James Eduardo Oliveira complementa entendimento expondo que não se impede de reconhecer a abusividade de cláusula desse teor e a necessidade de adaptação, haja vista que contraria direito básico do consumidor, sendo aplicável a qualquer circunstância, “a prescrição de princípios que atentem contra equivalência e proporcionalidade”.¹⁹⁴

O referido autor reforça seu posicionamento argumentando que:

“a perda das prestações em percentual equivalente ao cumprimento do contrato ou em tantas parcelas quantas tiverem sido adimplidas padece de abusividade insofismável e, por esse motivo, pode ser temperada pela intervenção judicial apropriada aos contornos do caso sub judice”.¹⁹⁵

A fim de dirimir o conflito, Fabiana Peixoto Siccardi faz menção ao disposto no Código Civil em seu artigo 2º que estabelece que “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifique a lei anterior”.¹⁹⁶

Assim, respaldado pelo aspecto normativo, não é difícil entender que a Lei 9.514/97 vigora convergente ao Código de Defesa do Consumidor, tendo suas previsões normativas bem esclarecidas na legislação, nos termos do que argumenta Fabiana Peixoto Siccardi:

“Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis (assim como a de bens móveis) tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exhaustiva as consequências da mora e a excussão do bem objeto

bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 1.

¹⁹³ SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 2.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 646.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 647.

¹⁹⁶ SICCARDI, Fabiana Peixoto. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto*. 2008. 81 f. Monografia (Bacharelado) – Direito. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, 2008, p. 68.

da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, hão de prevalecer as leis especiais, em caso de conflitos de normas.

No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao Código de Defesa do Consumidor”.¹⁹⁷

Sob igual perspectiva é o entendimento de Gustavo Scudeler Negrato:

“Na alienação fiduciária, por outro lado, os artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/97 já estabelecem, em princípio, mecanismos para evitar o enriquecimento ilícito do credor, que, em caso de inadimplemento e consolidação da propriedade em seu nome, fica obrigado a promover o leilão público para a venda do imóvel. [...]”.¹⁹⁸

Sob outra perspectiva é importante ressaltar a interpretação de Luiz Antonio Scavone, que entende não ser em decorrência da Lei 9.514/97 ter caráter especial que escaparia à regra, sendo impossível inferir a inexistência absoluta de relação de consumo no negócio em tela. Em detrimento do preceito afirmado por Nelson Nery Júnior, segundo o qual “o Código não permite que se pactue a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor”¹⁹⁹, o autor afirma não se aplicar devolução total de parcelas, mas a vedação da perda total delas, o que não fica evidente na Lei da alienação fiduciária e abre margem para discussão.²⁰⁰

De todo modo e consoante interpretações doutrinárias, é importante ponderar, sobretudo, que as instituições financeiras concedem crédito com objetivo de lucro sendo, inclusive, salutar para sua manutenção esse ciclo de investimento caracterizado pela retroalimentação do mercado.

¹⁹⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária e direito do consumidor*. ABECIP. Parecer, p. 48.

¹⁹⁸ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 83.

¹⁹⁹ NERY JR, Nelson, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, *apud* SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 1.

²⁰⁰ SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 1.

Desse modo, é incontestável que a alienação fiduciária foi promulgada com propósito específico de beneficiar o credor e, se respeitada a fidúcia, possibilitar ao devedor o acesso à sua moradia própria, sem, entretanto, caracterizar uma relação paternalista entre as partes ou como forma de suprir a função social negligenciada pelo Estado.

5 ANÁLISE DE JULGADOS

5.1 Julgado acerca da Constitucionalidade do rito da Alienação Fiduciária

5.1.1 Dados e ementa do julgado

“Agravo de instrumento nº 1.0024.12.287072-8/001 – Comarca de Belo Horizonte – Agravante (s) Ivani Fernandes Lima de Oliveira, Altair Lúcio de Oliveira e Outro (a) (s) – Agravado (a) (s): Caixa Consórcios S.A, Reis e Figueiredo Comércio LTDA – ME.

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - LEI 9514/97 - IRREGULARIDADES - FUMUS BONI IURIS - SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA ARREMATAÇÃO. 1. Havendo o preenchimento dos requisitos indicados no art. 273 do CPC, o pedido de tutela antecipada deve ser deferido pelo magistrado. 2. Deve ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos da arrematação, quando as provas constantes nos autos demonstrarem a plausibilidade do direito alegado pela parte quanto as irregularidades apontadas. 3. Agravo provido”.²⁰¹

5.1.2 Relato do julgado

O referido Agravo é pautado sob argumento de inúmeras irregularidades no rito da execução. Assim, alegou, a parte agravante, que o procurador que atuou no procedimento extrajudicial não detinha poderes para tanto, que as parcelas inadimplidas deveriam ter sido pagas por seguro contratado com consórcio e ainda a falta de notificação, a qual foi justificada pela Caixa que o devedor encontrar-se-ia em local certo e não sabido, sendo, entretanto, controversa a afirmação, uma vez que o credor possuía endereço atual da parte agravada.

Posto isso, foi defendido no Agravo a nulidade do leilão e inconstitucionalidade da Lei 9.514/97 com pedido de efeito suspensivo, ora deferido.

No voto, o Relator sustenta sua decisão com base no fato de haver os requisitos e pressupostos indispensáveis para deferimento da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações e reversibilidade do direito.

²⁰¹ BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de instrumento n. 1.0024.12.287072-8/001*. Inteiro Teor. 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Agravantes: Ivani Fernandes Lima de Oliveira, Altair Lúcio de Oliveira e Outro (a) (s). Agravados: Caixa Consórcios S.A, Reis e Figueiredo Comércio LTDA – ME. Relator. Relator: Des. Estevão Lucchesi. Belo Horizonte, 29 mai. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10024122870728001_2c83f.pdf>. Acesso em: 23. fev. 2017.

Ademais, constata-se ter havido irregularidades no rito da execução extrajudicial, tendo a procuração substabelecida apresentado aspectos irregulares, a notificação ter sido feita via edital, sendo, no entanto, essa conduta admitida em se tratando de desconhecimento do local de residência e domicílio do devedor, e o valor da arrematação contestável em detrimento ao valor de avaliação do bem.

Posto isso, o Relator entendeu ter havido irregularidades do rito proposto pela Lei 9.514/97, embora não tenha entrado no mérito da inconstitucionalidade do referido diploma legal, mas sim da inobservância dos procedimentos legais previstos nele.

5.1.3 Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência

Nos termos dos incisos XXV, LVI e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, qualquer lesão ou ameaça de lesão deve ser apreciada pelo Judiciário, de modo a garantir e assegurar o devido processo legal, contraditório e ampla defesa V320, princípios indissociáveis e que repercutem de modo especial em procedimentos que restringem a defesa.²⁰²

Ocorre que no rito da execução extrajudicial o credor fiduciário é revestido de atividades de caráter judiciário e faz valer de modo coercitivo seu direito, sendo em tal ocasião vislumbrada parcialidade no rito, o que pode desfavorecer o proprietário indireto.²⁰³

Tal entendimento é ratificado por João Bosco Brito Luz:

“O mais importante, porém, é que a aplicação da norma pelo agente fiduciário é feita de maneira coercitiva. A realização dos leilões representa a prática de atos tipicamente executivos posto dotados de coercitividade necessária a impor ao devedor uma valoração desfavorável a seus interesses. Nitidamente, então, o agente fiduciário exerce atividades judiciárias pois que importam na desinteressada aplicação coercitiva de normas gerais e abstratas a situações específicas e concretas”.²⁰⁴

²⁰² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 321.

²⁰³ LUZ, João Bosco Brito. *A inconstitucionalidade dos leilões extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.amspa.com.br/novo/inconstitucional/>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 8.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 8.

Com base nisso, há entendimento doutrinário de que procedimentos previstos na Lei 9.514/97 podem obstar a cognição de hipóteses incontroversas, ensejando na impossibilidade da efetiva tutela jurisdicional e consequente inconstitucionalidade do rito da execução.²⁰⁵

Ernane Fidélis, igualmente se manifesta no sentido de que a consolidação da propriedade deve ser matéria de competência do Poder Judiciário, entendendo a Lei 9.514/97 como uma violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.²⁰⁶

“[...] ao praticar o ato registral previsto na lei o Oficial declara consolidada a propriedade no credor fiduciário. É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa [o Oficial do Registro] função eminentemente jurisdicional”.²⁰⁷

No mesmo sentido, Melo Colombi, enquanto Relator da Apelação nº 1086125-57.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo embora não vislumbre fundamentos jurídicos em seu voto para anular a expropriação extrajudicial fundamentada na consolidação da propriedade nos termos da Lei 9.514/97 em decorrência do inadimplemento de contrato de financiamento imobiliário, se posiciona, pessoalmente contrário à legalidade do referido instituto.²⁰⁸

“[...] vislumbrando afronta desse instituto aos princípios basilares do nosso Direito (contraditório, ampla defesa), venho mantendo minha convicção e posicionando-me contrário à legalidade das expropriações fulcradas tanto no Decreto Lei 70/66 quanto na Lei 9.514/97”.²⁰⁹

No entanto, a jurisprudência e decisões dos tribunais confirmam a constitucionalidade do rito nas hipóteses previstas em lei²¹⁰, sendo isto inclusive referen-

²⁰⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 324.

²⁰⁶ Ibidem, p. 324.

²⁰⁷ FIDELIS, Ernane. Alienação fiduciária de coisa imóvel. *Juris Síntese* n. 19. 1999, *apud* CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 325.

²⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Anulatória. *Apelação Cível nº. 1086125-57.2014.8.26.01.00*. Voto 41626e. Comarca de São Paulo. Apelante: Clovis Miranda Palmeira e Outro. Apelado Banco Santander Brasil S/A. Relator: Melo Colombi. São Paulo, 22 de julho 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 3.

²⁰⁹ Ibidem, p. 3.

²¹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 325.

dado no voto de Melo Colombi: “[...] é certo que o Superior Tribunal de Justiça já as-sentou entendimento no sentido da legalidade das execuções extrajudiciais de dívidas hipotecárias”.²¹¹

As reiteradas decisões judiciais, inclusive do STF, se pautam no fato de que não há barreira legal para que seja exercido direito de ação do devedor que se considere prejudicado, não sendo justo, por outro lado, que o interesse de outros mutuários adimplentes seja prejudicado em decorrência da interrupção do fluxo financeiro necessário para retroalimentar o mercado.²¹²

“Execução extrajudicial. Dec. – lei 70/66. Inconstitucionalidade. Leilão [...] a venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei e no contrato como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria [...] é, portanto, um ato que refogue ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário”.²¹³

Tal entendimento igualmente é evidenciado no julgado da Ministra Cármen Lúcia:

“[...] com efeito, não há financiamento de imóveis envolvidos, mas sim a obtenção de recursos financeiros em empréstimo contendo cláusula de garantia diversa da hipotecária, apta a influenciar até mesmo as condições da avença em favor do mutuário, pois a espécie de garantia em causa evidentemente confere maiores poderes e segurança ao mutuante. [...]. É sabido que as instituições financeiras balizam os parâmetros da disponibilização de capital no mercado em grande medida em razão das garantias dadas pela contraparte. Ora, a conduta dos autores, portanto, configura verdadeiro *venire contra factum proprium*, malferindo o princípio da boa-fé objetiva”.²¹⁴

²¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Anulatória. *Apelação Cível nº. 1086125-57.2014.8.26.01.00*. Voto 41626e. Comarca de São Paulo. Apelante: Clovis Miranda Palmeira e Outro. Apelado Banco Santander Brasil S/A. Relator: Melo Colombi. São Paulo, 22 de julho 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p.3.

²¹² ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 513.

²¹³ INFORMATIVO DO STF. Brasília n. 118, 10.08.1998, p. 2, *apud* ARAGÃO, José Maria. Op.cit., p. 512.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar na Ação Cautelar 3.853 – RS*. Relatório da decisão. Supremo Tribunal Federal. Autor: Édson Freitas de Siqueira e outros. Réu: Caixa Econômica Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, 20 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 6.

Ademais, procedimentos que cerceiam o direito de defesa devem obrigar propositura de ação inversa, em conformidade com valores constitucionais e amparado ao direito substancial.²¹⁵

Posto isso, o rito de execução extrajudicial para dívidas garantidas por meio da Alienação Fiduciária, prevista na Lei 9.514/97 indica que não há cerceamento ao direito individual do devedor fiduciante em ajuizar ação para ter tutelada a pretensão de seus direitos e fazer jus ao devido processo legal.²¹⁶

Desse modo, tendo o devedor subsídio e elementos probatórios para contestar procedimentos, valor da dívida, inobservância das formalidades legais previstas pela Lei 9.514/97, não há restrições que o impeçam de acudir à prestação jurisdicional.²¹⁷

“A Lei 9.514/97 cuida que o contrato garantido por alienação fiduciária de imóvel seja suficientemente claro para permitir seu perfeito entendimento pelas partes e define todo um longo procedimento para garantir o equilíbrio de direitos e deveres entre elas. Assim, conforme já indicado, o fiduciante e fiduciário devem deixar expressos, no contrato, o valor pelo qual o imóvel deverá ser vendido em leilão no caso de inadimplência, e os critérios da respectiva revisão (art. 24, VII)”.²¹⁸

Posto isso, nos julgados de modo geral o argumento mais usual para subsidiar o pleito de anulação da execução extrajudicial é falta de notificação do devedor, que, por si só não ofende o princípio do direito de ação.²¹⁹

Ocorre que na hipótese de atraso de pagamento o credor fiduciário deve requerer a intimação do devedor fiduciante ao Oficial de Registro de Imóveis, o que deve ser realizada, em qualquer hipótese, pessoalmente ou por intermédio do representante legal do devedor, só sendo admitida a notificação por edital se caso o fiduciante se encontrar em lugar incerto ou não sabido²²⁰, o que suportou o argumento do agravante no caso em tela.

²¹⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322.

²¹⁶ ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003, p. 510.

²¹⁷ Ibidem, p. 511.

²¹⁸ Ibidem, p. 511.

²¹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit., p. 320

²²⁰ Ibidem, p. 251.

A lei não define procedimento para realização do leilão, devendo, no entanto, estes estarem explicitados em cláusula contratual e, ser o lance mínimo, estipulado em contrato, com indicação, para efeito de venda em hasta pública, do valor do imóvel e critérios de revisão.²²¹

Assim, cabe ressaltar que por ocasião da realização do leilão, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/97, é desnecessária a notificação ao fiduciante.²²²

Ademais, a consolidação da propriedade só se efetiva mediante inadimplemento da condição resolutiva expressa, não havendo impedimento para que os efeitos de pleno direito sejam produzidos, independente de intervenção judicial²²³, devendo eventuais ilegalidades ser apreciada pelo Judiciário, uma vez que é garantido ao devedor o direito de ação.

“O fato de essas normas serem implementadas no plano extrajudicial não significa que esteja afastado o controle judicial ou, como se poderia pensar, erroneamente, ampla defesa e o contraditório [...] Estes vetores são exercidos não somente a posteriori, mas, também, no próprio curso do procedimento da execução, para impedir e reprimir, pelos meios processuais próprios, que eventual ilegalidade seja perpetrada, como, ainda, podem ser objeto de medidas prévias”.²²⁴

Posto isso, no âmbito jurisprudencial resta evidenciado entendimento de compatibilidade da Lei 9.514/97 com a Constituição Federal, não padecendo essa matéria de vício à execução, uma vez que pode ser constatado que o procedimento é submetido ao devido controle judicial, sendo o devedor intimado a acompanhar e impugnar o rito em havendo irregularidades no procedimento.²²⁵

5.2 Julgado acerca da recepção do artigo 53 pela Lei 9.514/97

5.2.1 Dados e ementa do Julgado

²²¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 262.

²²² SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Civil e Processual Civil. *Agravo de Instrumento n. 0015755-20.2015.4.03.0000*. Inteiro Teor. Juízo Federal da 4ª Vara de São Paulo. Agravante: Amanda de Oliveira Lopes. Agravado: Caixa Econômica Federal. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 fev. 2017, p. 5.

²²³ CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit., p. 324.

²²⁴ ALVIM, Arruda, *apud* CHALHUB, Melhim Namem. Op.cit., p. 331.

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 627.106* Paraná. Íntegra do Voto. Ministro Dias Tóffoli. Curitiba, 18 de agosto 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re627106.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2017, p. 5.

“Apelação Cível nº. 505.068-2 – Comarca de Belo Horizonte - 12.5.2005 – Apelante (s): Empresa Belo Horizonte de Imóveis S. Apelado (s): Devanir de Souza e Outro.

APELAÇÃO CÍVEL N. 505.068-2- BELO HORIZONTE - 12.5.2005
 EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO IMOBILIÁRIO - DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS-APLICAÇÃO DO ARTIGO 53, DO CDC - DESCONTO DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS - DIREITO DA CONSTRUTORA DE RETER 20% DOS VALORES PAGOS - PRECEDENTES DO STJ - CONSTRUÇÕES REALIZADAS NO IMÓVEL - BOA-FÉ DOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES - INDENIZAÇÃO DAS ACESSÕES - DIREITO DE RETENÇÃO. Mesmo provocando a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, tem o adquirente o direito ao recebimento das prestações pagas, devidamente corrigidas, descontando-se do total apurado um percentual a título de despesas com administração, de acordo com inteligência do artigo 53, § 2º, do CDC. - Antes de se fixar o percentual a ser retido da quantia desembolsada pelo apelante, deve-se levar em conta o desgaste no imóvel devolvido, as despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas. No caso em apreço, considerando as peculiaridades do caso concreto, mormente a natureza do empreendimento, tenho que a ré poderá reter 20% do valor total pago pelo autor/apelado, a título de cláusula penal e despesas administrativas. - O promissário comprador tem direito à indenização pelas construções realizadas de boa-fé no imóvel, nos termos do artigo 547, do Código Civil de 1916. - É ilícita a cláusula contratual que exclui a obrigação da promitente vendedora indenizar a acessão levantada pelo promissário comprador, por causar desequilíbrio entre as partes e enriquecimento sem causa do primeiro em desfavor desse último. - Ainda que se tratem de acessões, tem o promissário comprador direito à retenção do imóvel até que sejam indenizadas”.²²⁶

5.2.2 *Relato do julgado*

O julgado em análise versa acerca do cabimento do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor em detrimento à Lei 9.514/97.

Trata-se de agravo interposto pela Empresa Belo Horizonte de Imóveis S.A que pretende a reforma da sentença em favor de Devanir de Souza e Outro, em que foi declarada rescisão do contrato com condenação à parte autora pelo pagamento de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, corrigido monetariamente, e na retenção de apenas 20% pela construtora das prestações pagas pela parte devedora a título de multa, em detrimento aos 80% estipulados em contrato.

²²⁶ BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 505.068-2– BH*. Inteiro Teor. Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelante: Empresa Belo Horizonte de Imóveis S.A. Apelado: Devanir de Souza e outro. Relatora: Heloisa Combat. Rio Grande do Sul, 12 de maio de 2005. Disponível em: <[http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/inteiro%20teor)>. Acesso em: 23 fev. 2017

A decisão se pauta no direito da adquirente em receber as parcelas pagas em consonância ao artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, sendo o voto da Relatora Heloísa Combat favorável ao direito do promissário comprador ter as prestações pagas pelo imóvel restituídas, ainda que tenha dado causa à rescisão contratual, sob pena de enriquecimento ilícito da construtora, entendendo lícita a dedução do montante de 10%, a título de despesas com a realização do empreendimento.

5.2.3 Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência

O Código de Defesa do Consumidor – CDC – instituiu diversos mecanismos para compensar desequilíbrios contratuais, em reconhecimento a sua vulnerabilidade no mercado de consumo, harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico.²²⁷

Assim, o artigo 53 do CDC visa equilibrar as prestações de ambas as partes, com base no princípio da boa-fé e lealdade entre os contratantes, restando à legislação consumerista seu caráter de lei especial, na medida que impõe aos consumidores e fornecedores regras contratuais.²²⁸

Nesse sentido confere-se na jurisprudência entendimento em defesa do consumidor, pautado na justiça contratual e equivalência das prestações.

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE INCORPORAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei n. 4.591/64, admite-se, outrossim, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva e vedam o locupletamento ilícito. 2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos fáticos produzidos ao longo da demanda. 3. Recurso especial não-co-nhecido”.²²⁹

²²⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300.

²²⁸ *Ibidem*, p. 301.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 747.768/PR*. Quarta turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 6 de outubro de 2009, apud Brasil, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental em Recurso Especial. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.096.723 - PR (20080220481-7)*. Supremo Tribunal Federal. Agravante: Ronal Irineu Paleari e Outro. Agravado: Condomínio Edifício Eurocenter. Relator: Ministro Marco Buzzi. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Relator. 14 de abril de 2015. Disponível em:

Posto isso e considerando que a legislação consumerista se manifesta em qualquer relação de consumo, a aplicação do artigo 53 do CDC seria cabível²³⁰ não sendo admitida a aplicação da Lei 9.514/97 em detrimento daquela.

Com base nisso resta vedado o dispositivo de perda total de parcelas pagas, uma vez que configuraria vantagem excessiva ao fornecedor, sendo permitido, no entanto, pena equitativa pelo descumprimento da obrigação contratual.

“A cláusula que estipular pena para o inadimplemento da obrigação do consumidor deverá ser equitativa e estabelecer vantagem razoável para o fornecedor, proporcional à sua posição e participação no contrato, pois do contrário seria abusiva e ofenderia o postulado do equilíbrio contratual e a cláusula geral de boa-fé (arts. 4º, nº III, E 51, Nº IV, CDC)”.²³¹

Desse modo, em observância as regras da legislação consumerista, a Relatora entende na exposição de motivos de seu voto dever essa cláusula ser justa e equitativa, de modo que se exclua a perda integral das parcelas e seja retido percentual compatível às importâncias pagas para pagamento do preço.²³²

Abusivo, no entanto, se mostra a cláusula contratual em comento que estipula o percentual de 75% de perda de todas as importâncias pagas, que ofende a legislação consumerista subvertendo seu artigo 51 no que se refere ao estabelecimento de obrigações iníquas e abusivas.²³³

Ressalta-se que a reparação dos danos, em caso de inadimplemento contratual, é um direito que deve ser assegurado pela lei, não podendo a sentença sim-

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181120032/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1096723-pr-2008-0220481-7>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 5.

²³⁰ SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016, p. 1.

²³¹ NELSON NERY JUNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 379, *apud* OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 646.

²³² BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 505.068-2– BH*. Inteiro Teor. Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelante: Empresa Belo Horizonte de Imóveis S.A. Apelado: Devanir de Souza e outro. Relatora: Heloisa Combat. Rio Grande do Sul, 12 de maio de 2005. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/inteiroteor>>. Acesso em: 23 fev. 2017, p. 6.

²³³ *Ibidem*, p. 6.

plesmente determinar restituição das parcelas, sem ressarcir o construtor pelas perdas e despesas inerentes ao negócio. Para tanto a multa seria uma estimativa de prejuízos, devendo esses serem apurados caso se manifestem exagerados.

“O que não se pode tolerar é que a sentença assegure ao consumidor inadimplente a recuperação de todas as prestações pagas mais juros e correção monetária, livrando-o de todas as depreciações do capital e ainda assegurando-lhe a renda civil, como se se tratasse de um investimento financeiro, enquanto par ao fornecedor inocente se dispensa o tratamento próprio de um infrator, qual seja o da condenação às verbas da sucumbência e o da privação do ressarcimento dos prejuízos que à evidência lhe causou inadimplente”.²³⁴

Nesse sentido a Relatora busca de forma enérgica combater a abusividade de cláusulas de contratos de compra e venda, a fim de reequilibrar a relação de consumo e, com tal propósito, busca guardar paridade entre as partes, ressarcindo o fornecedor pelos prejuízos sofridos, obrigando o consumidor a pagar pela quebra contratual, mas em percentual inferior ao definido em contrato.²³⁵

5.3 Julgado acerca do não cabimento do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor na Lei 9.514/97

5.3.1 Dados e ementa do julgado

“Apelação nº 20140110847534 APC – 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Apelante (s): Sonia Maria da Costa e Silva – Apelado (a) (s): Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA.

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. ARTIGO 53 DO CDC. NÃO APLICAÇÃO. ARTIGOS 26 E 27 DA LEI 9.514 /97. PROCEDIMENTO ESPECIAL E POSTERIOR AO CDC. OBSERVÂNCIA. SEGUNDO LEILÃO. RESULTADO NEGATIVO. EXTINÇÃO DA DÍVIDA. EXPEDIÇÃO DE TERMO DE QUITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Apesar do Código de Defesa do Consumidor disciplinar genericamente em seu artigo 53 acerca da proibição de cláusulas que estabeleçam a perda total dos valores pagos pelo consumidor em favor do credor, em contratos de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações, devem prevalecer as regras específicas previstas na Lei n.º 9.514 /97, promulgada posteriormente, acerca do pro-

²³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64 – 65, *apud* OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor - anotado e comentado, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 647 - 648.

²³⁵ BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n. 505.068-2– BH*. Op. cit., p. 6.

cedimento a ser observado para a resolução de contratos que possuem cláusula de alienação fiduciária. 2. Ocorrida a consolidação da propriedade em favor do alienante, deve ele alienar o bem, por meio de leilões, a fim de recuperar seu crédito, devolvendo ao adquirente o saldo que eventualmente superar a dívida. 3. Não logrando êxito o segundo leilão, prevê expressamente o artigo 27, §§ 5º e 6º, da Lei 9.514/97 acerca da extinção da dívida e exoneração do credor quanto às obrigações constantes no § 4º, dentre elas, a restituição de quaisquer valores, visto não ter sido alcançado o valor total devido, com consequente expedição de termo de quitação em favor do devedor. 4. Ocorrida a resolução do contrato mediante procedimento especial disciplinado expressamente em lei, não há que se falar em devolução de valores pagos no curso do financiamento. 5. Recurso conhecido e não provido”.²³⁶

5.3.2 Relato do julgado

A referida apelação em comento, interposta por Sonia Maria da Costa e Silva contra sentença proferida nos autos do processo, ajuizada em desfavor da Emplavi Incorporações Imobiliárias, julgou improcedente pedido de rescisão de contrato de compra e venda e devolução dos valores pagos.

A Apelante alega possuir direito à devolução parcial de valores pagos, uma vez ter adimplido grande parte do valor do imóvel, tendo nele residido por 18 meses, tendo realizado várias obras de acabamento, não sendo, desse modo, razoável a perda integral dos valores pagos.

Posto isso, entende pela violação do artigo 53 da legislação consumerista, em benefício do credor, por inadimplemento do devedor fiduciante.

Desse modo, requer a reforma da sentença no sentido de que, em havendo a retenção de valores pagos em favor da parte Apelada, seja fixado percentual entre 10% e 14% da quantia adimplida, a título de perdas e danos, evitando o enriquecimento ilícito da construtora em detrimento da consumidora.

5.3.3 Comentários acerca do julgado à luz da jurisprudência

No presente julgado verifica-se que houve o procedimento extrajudicial consoante artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 para consolidação da garantia, não tendo

²³⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20140110847534 APC*. Voto da Relatora. 3ª Turma Cível. Apelante: Sonia Maria da Costa e Silva. Apelado: Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA. Relatora: Ana Cantarino. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096371/apelacao-civel-apc-20140110847534-df-0019988-4720148070001>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 5.

esta sido alvo de impugnação da Apelante, questionando a parte apenas seu direito de ter a devolução parcial de parcelas pagas no curso do contrato, em consonância ao disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.²³⁷

Todavia, argumenta a Relatora que a Lei nº 9.514/97, tendo sido promulgada posteriormente à legislação consumerista, regulamenta o procedimento para resolução de contratos com cláusula de alienação fiduciária, sendo do Código de Defesa do Consumidor uma norma geral, que não pode prevalecer em relação às regras específicas disciplinadas pela Lei especial.²³⁸

“[...] inexistente lastro para se cogitar da subsistência de saldo a ser repetido à fiduciante, notadamente porque, em se tratando de imóvel adquirido via de financiamento, o devedor não quitara o preço, estando a repetição de quaisquer valores sujeitada à disciplina legal, não podendo ser realizada mediante a aplicação da regra genérica do artigo 53 do CDC. 7. A sujeição da relação de natureza consumerista ao disposto na lei que pauta especificamente a matéria ante o diálogo das fontes normativas não deriva de mera aplicação dos critérios de especialidade e cronológico de resolução de aparente antinomia entre regras jurídicas, pois amplamente rechaçado pela doutrina consumerista, mas da apreensão de que, conquanto encartando relação de consumo a compra e venda com alienação fiduciária em garantia, o artigo 53 do CDC não disciplina exatamente a questão da apuração de haveres em desfazimento de contratos, apenas determinando a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleçam, em flagrante prejuízo ao consumidor, a perda, por este, dos valores pagos em caso de rescisão de contratos de compra e venda de imóveis e nas alienações fiduciárias em garantia, regra que, em última análise, reproduz o princípio de vedação do enriquecimento sem causa, ao qual se submetem todas e quaisquer relações contratuais, sejam ou não caracterizadas relações de consumo, o que legitima a sujeição da espécie à regulação que especificamente lhe confere tratamento legal (Lei nº 9.514/97)”.²³⁹

²³⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20140110847534 APC*. Voto da Relatora. 3ª Turma Cível. Apelante: Sonia Maria da Costa e Silva. Apelado: Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA. Relatora: Ana Cantarino. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096371/apelacao-civel-apc-20140110847534-df-0019988-4720148070001>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 5.

²³⁸ *Ibidem*, p. 7.

²³⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão n.827621, 20130710071250APC*, Relator: Teófilo Caetano, Revisor: Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/10/2014, Publicado no DJE: 30/10/2014, *apud* Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20140110847534 APC*. Voto da Relatora. 3ª Turma Cível. Apelante: Sonia Maria da Costa e Silva. Apelado: Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA. Relatora: Ana Cantarino. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096371/apelacao-civel-apc-20140110847534-df-0019988-4720148070001>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 12.

Nesse sentido, a legislação consumerista configura no ordenamento brasileiro como lei especial, no que se refere às imposições feitas para relações contratuais e extracontratuais entre consumidores e fornecedores, e lei geral, em se tratando da previsão e princípios de boa-fé e equilíbrio que deve reger qualquer relação jurídica.²⁴⁰

Desse modo, em relação à Lei 9.514/97, que dispõe sobre determinada espécie de contrato, com disciplina própria, o CDC apresentaria caráter de lei geral, devendo ser interpretada sob a perspectiva de equidade e boa-fé, cumprindo sua função de mecanismo de compensação de eventuais desequilíbrios em situação de desvantagem do consumidor em face do fornecedor, dada a densidade social.²⁴¹

Assim, a Lei nº 9.514/97 prevalece sobre o CDC no que é específico na modalidade de contrato por ela regulamentada, prevalecendo a legislação consumerista nos princípios gerais.²⁴²

“A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia [...]”.²⁴³

Nesse sentido o artigo 53 do Código de Defesa do consumidor enuncia apenas um princípio geral, inspirado na equidade e equilíbrio contratual, com objetivo de coibir o enriquecimento sem causa, consoante disposto no artigo 413 do Código Civil Brasileiro, que dispõe e autoriza o juiz a reduzir de forma proporcional a pena em caso de mora ou inadimplemento, de modo a ajustá-la ao caso concreto com base no prejuízo sofrido pelo credor em decorrência de inexecução contratual pelo devedor.²⁴⁴

²⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 301.

²⁴¹ Ibidem, p. 300.

²⁴² Ibidem, p. 302.

²⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247, apud, OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017.

²⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit., p. 306.

Desse modo, o CDC não introduz qualquer inovação no ordenamento brasileiro, estando seus princípios compatíveis e já consagrados com o Código Civil vigente à época de sua promulgação, sendo a vedação da perda total das parcelas pagas pelo devedor, estabelecida no seu artigo 53, apenas um dispositivo para que a pena não venha a exceder o limite de perdas e danos decorrentes da mora ou inadimplemento contratual.²⁴⁵

Consoante a isso, o artigo 53 da legislação consumerista não afasta a incidência penal e tampouco exonerar o devedor do dever de reparar perdas e danos em razão de mora ou inadimplemento, sendo apenas vedada a exarcebação da pena. Por outro lado, o artigo 27 da Lei nº 9.514/97 fixa limitações as quais estão sujeitas o credor no sentido de promover ajuste de contas por meio do leilão do imóvel.²⁴⁶

Assim, em consequência da mora ou do inadimplemento do devedor, a Lei da Alienação Fiduciária de bem imóvel, ao apurar o resultado do leilão, só pode reter o valor correspondentes a seu crédito somadas as despesas, restando vedada a apropriação da quantia que sobejar.²⁴⁷

Posto isso, a Relatora entende que na situação em análise não há o que se falar em devolução de parcelas pagas pela Autora no curso do financiamento, sendo negado o provimento.²⁴⁸

²⁴⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 306.

²⁴⁶ Ibidem, p. 307.

²⁴⁷ Ibidem, p. 307.

²⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20140110847534 APC*. Voto da Relatora. 3ª Turma Cível. Apelante: Sonia Maria da Costa e Silva. Apelado: Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA. Relatora: Ana Cantarino. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096371/apelacao-civil-apc-20140110847534-df-0019988-4720148070001>>. Acesso em: 12 mar. 2017, p. 12.

6 CONCLUSÃO

A função social da propriedade motiva o Estado a desenvolver mecanismos e sistemas financeiros aderentes aos anseios sociais e capazes de parametrizar a perspectiva dos investidores em obter lucro com a necessidade do cidadão em conseguir crédito.

Sob essa perspectiva a Lei nº. 9.514/97 criou o instituto da Alienação Fiduciária em substituição à Hipoteca, uma vez que esta, em sendo garantia real sobre coisa alheia, não impede a venda do bem imóvel a terceiro, mostrando-se fragilizada, e, sobretudo, porque implicava em execuções morosas.

Assim, com o propósito de alavancar o Mercado Imobiliário e o setor da construção civil, bem como suprir o déficit habitacional, foi criada a Alienação Fiduciária, que transfere posse indireta e propriedade resolúvel ao credor em garantia à operação de crédito, até a resolução da dívida e, em havendo inadimplemento no curso do contrato pelo devedor, possibilita a consolidação da propriedade por meio do rito extrajudicial.

Ocorre que o diferencial desse instituto para os investidores decorreu da celeridade na retomada do bem por meio do procedimento especial instituído pela Lei nº 9.514/97, que autoriza o Oficial do Registro de Imóveis a proceder diligência e forçar o credor a purgar a mora, ou, persistindo o inadimplemento, promover a consolidação do bem em nome do credor fiduciário.

Posto isso, a Alienação Fiduciária passou a ser uma garantia real, com especificidades diferenciadas, o que ensejou mais segurança jurídica ao investidor e menor risco negocial.

Entretanto, em decorrência do caráter extrajudicial conferido ao rito de consolidação do imóvel, passou a haver divergência doutrinária no que se refere à constitutividade do procedimento.

Nesse panorama há os que defendem que a execução extrajudicial ofende princípios do contraditório, ampla defesa, impedindo que o devedor tenha seu direito

de defesa amparado pela via judicial e acesso ao devido processo legal, sendo ressaltado o descabimento do rito em razão do credor nesse contexto arbitrar em proveito próprio, por intermédio do Oficial do Registro, exercendo o papel de Poder Judiciário.

Por outro lado, existem doutrinadores em consonância ao pacificado pela jurisprudência que interpretam o procedimento especial instituído pela Alienação Fiduciária como mecanismos de fomentar a econômica e não veem esse descompasso constitucional, uma vez que todo o trâmite é regulamentado podendo, ainda, o devedor fiduciante acompanhar o processo e, em verificando irregularidades, buscar a tutela jurisdicional.

Considerando que a Alienação Fiduciária confere ao credor a possibilidade de reaver o recurso investido por meio da execução do imóvel dado em garantia, não alcançando demais bens do devedor, nada mais justo que a consolidação da propriedade seja viabilizada por meio de um rito especial, menos burocrático, que confira à relação contratual equilíbrio.

Ademais, o direito à propriedade só pode ser alcançado por intermédio de oferta de crédito no Mercado por investidores financeiros, os quais, para oferecer melhores condições de financiamento e taxas de juros atrativas, precisam que lhes sejam oferecidas em troca uma garantia eficiente, capaz de mitigar os riscos de inadimplemento e a perda do Capital.

Assim, resta evidente que o rito extrajudicial é mais aderente tanto na perspectiva do credor, que tem interesse em reaver seu investimento, quando sob aspecto do devedor, que busca crédito para viabilizar a aquisição da casa própria, fomentando e dinamizando essa cadeia produtiva.

No mesmo sentido, cabe ressaltar que o pagamento em dia do contrato pelo devedor fiduciante viabiliza a retroalimentação do Mercado e, sobretudo, oferece suporte para que o Estado venha a oferecer aos indivíduos meios para que esses tenham garantia o direito à moradia e se cumpra a função social da propriedade.

Consolidada a propriedade pelo credor por meio da execução extrajudicial, advém questionamentos, críticas e divergências em relação ao cabimento do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor – CDC – ao disposto pela Lei nº 9.514/97.

Resta evidente que a legislação consumerista ensejou em um avanço jurídico na busca pela harmonização e equilíbrio entre consumidor e fornecedor, primando, sobretudo, pelos princípios e garantias constitucionais.

Ademais, o regramento instituído pelo CDC se aplica à atividade bancária, caracterizando uma relação de consumo e, os contratos de financiamento habitacional, ofertados por instituições financeiras, em consequência são regidos pela legislação consumerista.

Ocorre que parte da doutrina e jurisprudência entende que ao regramento disposto pela Lei nº 9.514/97 não se aplica o artigo 53 do CDC, que proíbe cláusulas que vedam a perda total de parcelas pagas no curso do processo, sob a ótica de que toda forma de restituição entre as partes seria disciplinada pelo artigo 27 da referida Lei e o recurso pago, direcionado para quitar o saldo devedor, encargos e taxas, sendo devolvido ao devedor o valor que sobejar.

Ressalta-se ainda que o valor recebido nas parcelas seria utilizado para pagamento de juros e amortização, restando ao devedor a obrigação de restituir o credor com coisa do mesmo gênero que recebeu.

Por outro lado, há os que defendem a aplicação da legislação consumerista, instituída com o propósito de equilibrar a relação contratual, considerando que cláusulas que estabelecem a perda total das prestações seriam abusivas e promoveriam o enriquecimento ilícito do credor, sendo razoável apenas a retenção de percentual compatível às despesas com leilão, encargos administrativos e quitação do saldo devedor remanescente.

Nos termos do artigo 2º do Código Civil, lei nova que estabelece acerca de disposições especiais não revoga lei anterior. Considerando a especificidade da Lei nº 9.514/97 é cabível interpretar que esta, tendo sido criada com propósito de equilibrar as condições de financiamento impostas pelo Mercado para aquisição de imóvel, apresenta aspectos e está norteada por princípios da legislação consumerista.

Ademais, o CDC tem o propósito de igualar a relação de consumo, sendo descabido interpretar o artigo 53 na íntegra, resguardando somente a perspectiva do devedor, sob pena de conferir a ele vantagem excessiva.

Desse modo, resta evidente e razoável interpretar os dois dispositivos legais à luz dos princípios gerais norteadores da legislação consumerista e Constitucional, inspirado na equidade e equilíbrio contratual, de modo a evitar que qualquer das partes obtenha enriquecimento ilícito.

Para tanto, é razoável que consolidada a propriedade e vendido o bem em leilão o credor quite a dívida e outros encargos e despesas administrativas e, o valor excedente seja devolvido ao devedor, não sendo isso ao meu ver fazer prevalecer o regramento instituído pela Lei nº 9.514/97, mas apenas uma interpretação lógica dos dois ordenamentos, sem imposição de arbitrariedades e desvantagens para qualquer das partes.

O instituto a Alienação Fiduciária constata a possibilidade de se ver satisfeita a função social da moradia para a população, devendo, sobretudo, em prol ao interesse da coletividade, ser respeitada a relação de fidúcia firmada entre as partes.

Posto isso, compreender o benefício da alienação fiduciária e contornar as divergências do instituto em relação aos ordenamentos jurídicos correlatos, implica, portanto, em apreciar a perspectiva de todas as partes envolvidas no processo, inclusive a do legislador, cuja previsão normativa pode ser conflitante às medidas assistencialistas e previsão constitucional, mas talvez seja a alternativa de se ter como aliado, nesse processo de mitigação de desigualdade econômica e social, o sistema financeiro, cujo caráter não tem de ser protetiva, até mesmo pelo fato do lucro ser seu mecanismo de sustento, mas há de ser útil no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABECIP – Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. *Alienação fiduciária e Direito do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.abecip.org.br/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAGÃO, José Maria. *Sistema financeiro da habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2003.

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de instrumento n. 1.0024.12.287072-8/001*. Inteiro Teor. 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Agravantes: Ivani Fernandes Lima de Oliveira, Altair Lúcio de Oliveira e Outro (a) (s). Agravados: Caixa Consórcios S.A, Reis e Figueiredo Comércio LTDA – ME. Relator. Relator: Des. Estevão Lucchesi. Belo Horizonte, 29 mai. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10024122870728001_2c83f.pdf>. Acesso em: 23. fev. 2017.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 505.068-2– BH*. Inteiro Teor. Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelante: Empresa Belo Horizonte de Imóveis S.A. Apelado: Devanir de Souza e outro. Relatora: Heloisa Combat. Rio Grande do Sul, 12 de maio de 2005. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 23 fev. 2017

BONDUKI, Nabil. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. *Revista eletrônica de Arquitetura e Urbanismo*. São Paulo. N. 1, 2008. Disponível em: <http://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf> Acesso em: 23 mar. 2017.

BOTEGA, Leonardo da Rocha. A política habitacional no Brasil (1930-1990). *REVELA*. Santa Maria – RS. Ano I, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.fals.com.br/revela8/politicahabitacional.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 8 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.514, de 18 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, institui a Alienação Fiduciária de coisa móvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar na Ação Cautelar 3.853 – RS*. Relatório da decisão. Supremo Tribunal Federal. Autor: Édson Freitas de Siqueira e outros. Réu: Caixa Econômica Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, 20 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Execução extrajudicial imobiliária: aspectos práticos*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. *Revista CESUMAR*. Maringá, v. 4, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/182/941>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CELESTINO, Pedro. A Alienação fiduciária de imóveis. 2014. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/argigos/113705745a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Princípios da teoria do adimplemento substancial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9705&revista_caderno=7>. Acesso em mar. 2017.

CONJUR. Tese do adimplemento substancial não se aplica em alienação fiduciária, diz STJ. *Boletim de notícias Conjur*. Fev 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/tese-adimplemento-substancial-nao-aplica-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em mar 2017.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *A alienação fiduciária em garantia: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20140110847534 APC*. Voto da Relatora. 3ª Turma Cível. Apelante: Sonia Maria da Costa e Silva. Apelado: Emplavi Incorporações Imobiliárias LTDA. Relatora: Ana Cantarino. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096371/apelacao-civel-apc-20140110847534-df-001-99-88-4720148070001>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, v. 5, 2015.

FIDELIS, Ernane. Alienação fiduciária de coisa imóvel. *Juris Síntese* n. 19. 1999, *apud* CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FREITAS, Helber. Direitos sociais: direito à moradia. 2015. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Christiano Lins. *Crescimento imobiliário após a inserção da alienação fiduciária*. 2013. 70 f. Pós-Graduação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissionalizante, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACE da Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2013.

LUZ, João Bosco Brito. *A inconstitucionalidade dos leilões extrajudiciais*. 2014. Disponível em: <<http://www.amspa.com.br/novo/inconstitucional/>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

MADALENA, Cassiano Pessanha. Políticas habitacionais no Brasil: uma leitura contextualizada (1930 – 2009). *Revista FOCO*. Vila Velha. v. 5, n. 1. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/Periodicos/index.php/foco/article/view/382/195>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Uma introdução ao instituto jurídico do trust. *Revista do Centro Universitário Newton Paiva*, edição 5, 2012. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/04/PDF-E5-D11.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017

NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2218>. Acesso em: 16 fev. 2017

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes; BENETIDO, Luiza Machado Farhat. A função social da propriedade urbana. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/60/56>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

RODRIGUES, Marcela Carillo. *Aspectos polêmicos do procedimento de execução da alienação fiduciária de bens imóveis*. 2014. 21 f. Pós-graduação (Especialista) – Direito Imobiliário. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas da Escola de Direito de São Paulo, 2014.

SANTOS, Eloir Gasparim. *Aspectos relevantes da alienação fiduciária*. 2010. 46 f. Graduação (Bacharel) – Curso de Direito. Curitiba: Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, 2010.

SANTOS, Hamilton M. Santos. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998*. 1999. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2814/1/td_06_54.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº. 1086125-57.2014.8.26.01.00*. Voto 41626e. Comarca de São Paulo. Apelante: Clovis Miranda Palmeira e Outro. Apelado Banco Santander Brasil S/A. Relator: Melo Colombi. São Paulo, 22 de julho 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Civil e Processual Civil. *Agravo de Instrumento nº. 0015755-20.2015.4.03.0000*. Inteiro Teor. Juízo Federal da 4ª Vara de São Paulo. Agravante: Amanda de Oliveira Lopes. Agravado: Caixa

Econômica Federal. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

SCAVONE, Luiz Antonio. *Alienação fiduciária de bem imóvel e art. 53 do Código de Defesa do Consumidor: aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.sca-vone.adv.br/alienacao-fiduciaria-de-bem-imovel-e-art-53-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aplicabilidade.html>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

SICCARDI, Fabiana Peixoto. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto*. 2008. 81 f. Monografia (Bacharelado) – Direito. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, 2008.

SILVEIRA, Marcos Vinícius Jardim. A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1257, 17 de jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7218-a-aplicabilidade-da-teoria-do-adimplemento-substancial-nos-contratos-de-alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-the-applicability-of-the-substantial-due-performance-theory-of-property-sale-of-fiduciary-contracts>>. Acesso em 12 mar. 2017.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei n.º 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.